

# 不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定(一)

——フランスの不動産公示における「認識」の位置付け——

吉 井 啓 子

## 目 次

- 一. はじめに
- 二. 公示による推定の発生
  - (1) 「『対抗可能性』の一般理論 (theorie generale de l'opposabilite)」
  - (2) 公示による推定の発生
- 三. 不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定
  - (1) 「不知」の推定をめぐる近時の立法の動向
  - (2) 「不知」の推定の性質をめぐる学説の対立——覆滅不可能説と覆滅可能説
  - (3) 「現実の認識」の内容
  - (4) 「不知」の推定の性質をめぐる判例の展開(以上本号)
- 四. 「不知」の推定の性質をめぐる近時の学説状況
  - (1) 一九六八年以降の判例に対する近時の学説の分析
  - (2) 「現実の認識」に関する証明原則
- 五. 終わりに

## 一. はじめに

我が国は、民法一七七条において、不動産物権変動について對抗要件主義を採用するが、同条の規定する「對抗」の法律構成をめぐっては激しい議論が展開され、その内容も著しく多様化してきた。さらに、同条が登記なくして對抗できない第三者の主観的要件に全く言及していないために、この点をめぐっても大きな議論が生じ、既知のとおり、いわゆる背信的悪意者排除説と悪意者排除説(学説によつてはさらに有過失者をも排除する。)との対立が見られた。

フランスにおいても、第三者の主観的要件の問題については、激しい議論が繰り広げられてきた。我が国でも、不動産物権変動制度の母国法への関心から、判例を中心にこの問題をめぐるフランス法の理論状況について数多くの紹介・研究がなされてきた。<sup>(1)</sup> フランスにおいても、不動産登記制度の目的および機能をどのように把握するかが議論に大きな影響を与えていることは我が国と同様であるが、第三者の善意悪意という主観的要件の問題が「對抗」の構造自体の理解にまで関わりと考へられていることが、近時、指摘されている。<sup>(2)</sup>

フランスの不動産物権変動制度を概観しておこう。<sup>(3)</sup> 一八五五年三月二三日の抵当権に関する謄記についての法律(Loi sur la transcription en matière hypothécaire、以下一八五五年法と呼ぶ。)により創設されたフランス不動産公示制度が、所有権の絶対性<sup>(4)</sup>および所有権移転に関する意思主義<sup>(5)</sup>という一八〇四年民法典の原則に基づく不動産二重譲渡紛争の本来的解決を何ら変更するものでないことは、再三再四確認されてきている。民法典の原則に基づく本来的解決とは、《Prior tempore, potior jure (時において先んずる者が、権利においても優先する)》原則、すなわち時間順

優先主義に他ならない<sup>(7)</sup>。しかし、物権は、排他性の故に、変動について外部から確認できる何らかの表象を伴わなければ第三者に不測の損害を与えることがある。そこで、物権の存在を第三者に知らしめ、第三者が無権利者と取引する危険を防ぐという目的で、一八五五年法により不動産公示制度が創設された<sup>(8)</sup>。この目的を達成するため、公示に非協力的な当事者に制裁を課すことで間接的に公示を強制する必要が生じ、物権移転は公示をしなければ第三者に対抗することができないという制裁と共に、本来無権利者にすぎない前主より譲渡を受けた第二譲受人が公示を得ることにより所有権を取得するというメカニズムが、一八五五年法により民法典の本来的解決に対する例外として創設されたのである<sup>(9)</sup>。このようなメカニズムが創設されたことで、時間順優先主義に基づいて解決されていた不動産二重譲渡紛争は、公示の先後により解決されることになった。かかる民法典の不動産公示法との関係は、現行法である一九五五年一月四日の不動産公示の改革に関するデクレ (Décret de 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière、以下一九五五年法と呼ぶ。)の下でも維持されている<sup>(10)</sup>。

フランスにおける不動産公示制度の目的は、先行譲渡を知らない第三者に対して、当該譲渡に関する「認識 (connaissance)」を与えること<sup>(11)</sup>によって、第三者が無権利者と取引する危険を予め回避させる点につきる。このことは、我が国でも既に指摘されてきた<sup>(12)</sup>。そこで、次に、フランスの民法教科書に目を通してみると、以上のような目的に加えて、不動産公示がなされている場合には第三者の「認識」が推定され、反対に、不動産公示がなされていない場合には第三者の「不知」が推定される、との記述が見られる<sup>(13)</sup>。本稿では、フランスにおけるこのような推定のうち、不動産公示がなされなかった場合に一定の「第三者」<sup>(13)</sup>について生じるとされる「不知」の法律上の推定 (以下単に

「不知」の推定と呼ぶ。)の内容・性質および意義を検討する。これは、フランス法を母法として不動産物権変動について対抗要件主義を採用する我が国の不動産登記制度の理解に、何らかの示唆を得られるのではないかと考えたからである。

なお、不動産公示がなされなかったことにより生ずる「不知」の推定を検討するには、フランスの不動産公示は一九五五年法により極めて複雑なものとなっているため、公示の種類に応じた考察が必要となるであろう。<sup>(14)</sup> 以下では、中でも特に重要な役割を演じており、日本法への示唆という点からも重要な権利強化的な(*confortative*)公示のみを対象とする。権利強化的公示とは、公示されなかった場合には、未公示譲渡の対抗不能という効果をもたらす公示のことである。この公示の役割について、例えば、レヴィは、「公示が、第三者への対抗可能性に必要で、かつそれ〔対抗可能性〕を設定する要素なのではない。対抗不能性が、公示がなされなかったことに対する制裁なのである。」<sup>(15)</sup>と説き、フランスにおける対抗要件主義の規定(一九五五年法三〇―一条)は、公示がなされなかったことから対抗不能の効果が発生すると規定しているのであり、公示により対抗可能性が付与されると規定しているのではないことに注意を促している。さらに、今日のフランスにおいては、未公示譲渡の対抗不能という制裁は、第三者が譲渡について「不知」であると推定されることの結果であり、公示がされなかったことの結果ではないと考えられている。<sup>(16)</sup> そこでは、公示がなされていない場合に第三者は未公示譲渡を知らなかったと推定される結果、譲渡を第三者に対抗するために必要な第三者の「認識」が存在しないことになり、当該未公示譲渡は第三者に対抗することができなくなる、と説明されている。対抗不能の制裁を、以上のようにとらえるならば、当事者が第三者は未公示譲渡を

際には認識していたこと（＝悪意であったこと）を証明して「不知」の推定を覆せば、公示されていないかたとして譲渡はその第三者に対抗できるであろう。しかし「不知」の推定を覆すことができるか否かという問題については、激しい見解の対立が存する。これは、公示がなければ対抗することができない第三者には悪意者が含まれるか否かという第三者の主観的要件をめぐる見解の対立に他ならず、日本法においても大きな議論のあるところである。本稿では、必要に応じて不動産公示以外の実体的公示に関する規定も参照しながら、「不知」の推定の性質に関するフランスの理論状況を概観する。特に、第三者の主観的要件をめぐる一連の破毀院判例に対する近時の学説の分析を通して、不動産公示の存在が、「対抗可能性」と「認識」の関係にどのような影響を与えているのかを明らかにできればと考えている。

(1) 浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法学五一号一頁（一九六四年）、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の転換をめぐる——」比較法学（早稲田大学）九卷二号三一頁（一九七四年）、同「フランス判例研究(II)二重売買における買主の注意義務」判夕四二二号三六頁（一九八〇年）、滝沢津代『物権変動の理論』（有斐閣、一九八七年）一五〇頁以下、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一年）四五〇頁以下。

(2) 七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質——ボワソナードを起点として——」慶大院法学研究科論文集二三号七一頁（一九八五年）、同「不動産物権変動における意思主義の本質——売買契約を中心として——」慶大院法学研究科論文集二四号一二一頁（一九八六年）、同「対抗」のフランス法的理解——不動産物権を中心に——」慶大院法学研究科論文集二六号六五頁（一九八七年）、同「不動産物権変動における対抗要件主義の構造」私法五三三号三三九頁（一九九一年）、同「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法学研究（慶応大学）六四卷二二号一九五頁（一九九一年）。

不動産公示の消極的効果としての「不知」の推定(一)

同志社法学 四六卷六号

一六三（二〇一）

- (3) G. GOUBEAUX, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 30 janv. 1974, Rép. Not. Def. 1974, art. 30631, 637, spéc. 639. — A. FOURNIER, Le malaise actuel dans le droit de la publicité foncière, Rép. Not. Def. 1980, art. 32401, 1089. — C. - T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales : Information du public et preuve des Actes, L. G. D. J. 1990, n.° 1. (本書の書評として、七戸克彦「カトリヌーテレーズ・バローサリユー著『法定公示——公の情報と行為の証明』法学研究(慶応大学)六五卷一〇号一六三頁(一九九二年)がある。)— J. CHESTIN, Traité de droit civil français, t. 2, L'obligations Le contrat : formations, 2<sup>e</sup> éd., L. G. D. J. 1988, n.° 348, を参考とした。

(4) 一八五五年法三条「謄記までは、前二条に掲げた証書および判決から生じた権利は、不動産に関する権利を有する者および法律に従ってこれを保持する者に対抗することができない。」

フランスにおいて、不動産公示とは「抵当権保存吏(登記官)という経済財務省の行政官が公示簿(不動産登記簿)に、一定の権利に関する一定の法律行為又は事実を証する証書等を、編綴すること、および、それが編綴されていることないし編綴された内容」であると定義されている(鎌田薫「フランスの土地公示制度」香川保一編『不動産登記の諸問題・上巻』(テイハン、一九七五年)一二二頁)。フランスの不動産公示は「証書の公示」(但し、先取特権・抵当権の公示は、我が国の登記類似の「権利の公示」に近いと考えられている。)であり「年代順編成主義」を採用し、一不動産一登記用紙の原則を採る日本法とは顕著な違いが見られる。

なお、かつては、先取特権・抵当権に関する公示を「登記(inscription)」、その他の公示を「謄記(transcription)」と呼んでいたが、不動産公示に関する現行法たる一九五五年法は両者を一律に「公示(publication, publicité foncière)」と呼ぶ。先取特権・抵当権に関する登記(inscription)という語は、現在でも法律上用いられるが、それ以外の公示は狭義の公示(publication)として分類されている。なお、民法等に残っていた謄記(transcription)という語は、一九五九年一月七日の「不動産公示に関する諸法典および諸特別法を改正するオルドナンス(Ordonnance modifiant divers codes et lois particulières en ce qui concerne la publicité foncière)により、全て公示(publication)という語に置き換えられた。

フランスの不動産公示制度について詳しくは、関口晃「登記制度の比較法的研究・フランス」法律時報二四卷三号一四頁

(一九五二年)、伊藤道保「フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号三五頁(一九五八年)、星野英一「フランスにおける不動産公示制度の沿革の概観」『民法論集(第二卷)』(有斐閣、一九七〇年)五〇頁、同「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」『民法論集(第二卷)』(有斐閣、一九七〇年)一〇九頁、浦野雄幸「フランスの不動産物権公示制度における公示《Publicité》の効力について」『判例不動産登記法ノート』(テイハン、一九七五年)二頁、鎌田・前掲・「フランスの土地公示制度」、佐藤義人・高木保通「フランスの不動産公示制度と売買取引」司法の窓七八号五九頁、高橋良彰「フランス不動産公示制度における『Private』と『Public』」司法の窓八〇号八〇頁を参照のすべし。

(5) 仏民法五四四条「所有権は、物(chose)について法律又は規則が禁じる使用を行わない限り、それも最も絶対的な仕方であり、処分する権利である。」

本稿におけるフランス民法典の訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―家族・相続関係』(法曹会、一九七八年)、同『フランス民法典―物権・債権関係』(法曹会、一九八二年)を参照した。なお、フランス法において「絶対性(absolutisme)」という語が、しばしば「排他性(exclusivisme)」という語と混同されて用いられてきたことについては、M. LÉVY, L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits, ECONOMICA, 1989, n° 14.

(6) 仏民法七二一条「物の所有権は、相続、生存者間又は遺言による贈与、および、債権の効力によって取得されかつ移転する。」

同一一三八条「①物を引き渡す債務は、契約当事者の合意(consentement)のみによって完全となる。」

②この債務は、引渡(tradition)が何ら行われなかった場合でも、物を引き渡すべきであった時から直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく。但し、債務者がその物を引き渡すことについて遅滞にある場合は、その限りではない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる。」

同一五八三条「売買は、物がいまだ引渡されておらず代金がいまだ支払われていない場合であっても、物および代金について合意する時から当事者間において完全であり、買主は、売主に対する関係で当然に所有権を取得する。」

このように意思主義に関する規定は民法典の中に散在している。フランスにおいては、債権契約だけで直ちに所有権が移転するとされ、それ以外の特別な形式は必要ではない。債権契約と物権契約は区別されず未分化のまま一つの契約の中に包摂されていると解されている。フランス法における意思主義については、滝沢聿代「物権変動の時期」星野英一編『民法講座(二)、物権(1)』(有斐閣、一九八四年)二二頁、同・前掲・注(1)九五頁以下、七戸・前掲・注(1)「不動産物権変動における意思主義の本質」を、その歴史的成立過程については、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(一)〜(四)完」民商六六卷二号四四七頁・四号五八四頁・五号八一九頁・六号一〇二三頁(一九七二年)を参照のこと。

(7) M. LÉVVIS, L'opposabilité du droit réel, préc., n° 161 et s. 本書の書評として、七戸克彦「マルク・レヴィ著『物権の対抗可能性——権利の裁判上の制裁について——』法学研究(慶応大学)六四卷二号二五二頁(一九九一年)がある。

(8) M. LÉVVIS, op. cit., n° 237.

(9) M. LÉVVIS, op. cit., n°s 161 et s.

(10) 一九五五年法三〇—一条①第二八条一号の適用によって公示に服する証書および判決は、それが公示されなかった場合には、同一の不動産について、同一の前主から、同様の公示義務に服しそして公示のなされた証書又は判決によって競合する権利を取得し、かつ、その証書を公示し又は先取特権又は抵当権を登記した第三者に対抗できない。それら「の証書又は判決」はそれが公示されていたとしても、第三者の援用する証書、判決、先取特権又は抵当権がそれより前に公示されていたときには、同様に、対抗できない。

②但し、自らが競合する権利を公示させる義務を負っている第三者、又はその者の包括名義の承継人は、この規定を利用することができない。

③二八条一号に掲げる権利を有する者の特定承継人であってその権利を認める証書又は判決を公示した者は、一時的譲渡禁止約款その他の処分権の制限を確認するために別個に作成された生前行為の証書又はこのような約款の存在を認める判決が、その権利の公示以後に公示されたときはこれらに対抗されない。」

(11) 例えば、滝沢・前掲・注(1)一二四頁は「ナンテイスマン慣習法以来の公示の進展は、当事者間での隠れた取引を公開し



第三者に知らしめるといふ意味における登記の機能の推進であり、この『第三者に知らせる』という点にフランス法における公示の意義は尽くされるとみうる。これは一八五五年法に關しても全く同様である。」と説かれる。

(12) 例えは、P. MALAURIE et L. AYNÈS, Cours de droit civil. Les sûretés, La publicité foncière, 3<sup>e</sup> éd., CUIJAS, 1990, n° 632.

(13) 一九五五年法三〇—一条により、不動産公示なくして対抗し得ない「第三者」とは、①同じ前主からの特定承継人、②同一不動産上に競合する権利を有する者、③同様の対抗不能の制裁を受ける公示義務がある証書又は判決により権利を取得した者、④公示を先に備えた者であると明確に規定されている。

(14) C.-T. BARREAU-SALLOU, op. cit., n° 191. なお、同書によれば、フランスにおける公示は、権利強化的 (confortative) 公示と、権利設定的 (constitutive) 公示とに大きく分けることができるという。それらは公示の不履行に課せられる制裁により區別されている。権利強化的公示は保護されるべき第三者に対する未公示証書の対抗不能により、権利設定的公示は未公示証書の無効・不存在により制裁される。さらに、フランス不動産公示法においては、証書の有効性にも対抗可能性にも何の影響も与えない純粹にインフォメーションとしての公示 (publicité purement informative) が存在することに注意を要する。この公示の唯一の機能は、第三者に証書に関する情報を与えることであり、証書は公示の実現とは全く無関係に何人に対しても対抗できる。但し、実効性を担保するために、立法者により、民事罰金をはじめとする様々な制裁が課せられている。

(15) M. LÉVIS, op. cit., n° 211.

(16) D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'impoposabilité, thèse paris, 1929, 85. — J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in *Études offerts à G. Ripert*, t. I, 1950, 13, n° 10. — M. -A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, L. G. D. J., 1975, 216. — J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Droit civil. Les obligations, v. I, A. Colin, 3<sup>e</sup> éd., 1980, n° 312. — J. DUCLOS, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), Paris, 1984, L. G. D. J., n° 259. — J. GHESTIN, *Traité préc.*, n° 347. 我が国において同様の指摘をされるものとして、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務」民事研修三六〇号（一九八七年）一一頁。

## 二. 公示による推定の発生

### (1) 『対抗可能性』の一般理論 (théorie générale de l'opposabilité)

#### ① 『対抗可能性』の一般理論」検討の必要性

一. でも述べたように、フランス民法の教科書においては、不動産公示がなされることにより、第三者は公示された事項を認識していると推定されるとの説明がなされている。そして、この「認識」は「対抗可能性 (opposabilité)」概念との関係において極めて重要な役割を演じているとされている。<sup>(1)</sup>

では、「対抗可能性」とは何か。そこで、(2)以下での検討の前提として、今世紀のフランスにおいて形成されてきた「『対抗可能性』の一般理論 (théorie générale de l'opposabilité)」に言及しておく必要があるだろう。同理論は、民法さらには商法の領域にわたる様々な法制度を、「対抗可能性」という広い概念を用いることにより説明しようとするものであるが、まずは、近時、我が国においてもとりあげられる機会が多い一九八四年のデュクロ論文<sup>(2)</sup>により、「『対抗可能性』の一般理論」とは何か簡単に見ておこう。

デュクロは、「第三者 (tiers)」の語と共に、現在フランス法において最もよく使用されている「対抗可能性」という語が、現在に至るまで正確な意味を与えられてこなかったこと、契約の相対性・対抗不能性等の概念と対比されて又はそれらを論じる際に併せて考察されてきたが、それだけで独立した考察の対象とはならなかったことを指摘し、その統一的枠組みを提示しようとして試みている。彼は、「対抗可能性」を「法規範秩序の構成要素に認められた性質で、

その要素が持っている直接的効果を外部へ間接的に及ぼすもの<sup>(3)</sup>であるとして定義する。その上で、権利だけではなく法律事実や法律行為を含む法規範秩序の全ての構成要素 (élément juridique、以下法的要素と呼ぶ。) は対抗可能性を有すること、そして、いかなる法的要素であろうと対抗可能性に関して基本的には何らの相違もないことを説くのである。<sup>(4)</sup> 『対抗可能性』の一般理論<sup>(4)</sup>の基本的な考え方はこの点にあると言ってよいだろう。

## ② 『対抗可能性』の一般理論の形成

ところで、不動産公示に関する一九五五年法三〇―一条は、一定の「証書(行為 acte)」は公示をしなければ第三者に対抗することができないと規定する。これは、不動産物権変動について意思主義を採用し物権行為の独自性を認めない制度の下で合意の内容の多様性を証書そのものを公示することによりそのまま公示する必要があること、合意は証書によって具現されるとの意識が伝統的に強いこと等によると考えられている。<sup>(5)</sup> フランスにおいては、不動産公示によって規律される同一不動産の譲受人間の紛争は、「権利(droit)の対抗」あるいは「物権変動の対抗」の問題ではなく、まずは「証書の対抗」すなわち「契約の対抗」の問題であると一般に理解されている。<sup>(6)</sup> もちろん、契約は権利変動を目的とした法律行為であり、契約により設定・移転・変更させられる権利そのものの対抗も後からは問題となる。<sup>(7)</sup>

そこで『対抗可能性』の一般理論<sup>(8)</sup>であるが、これは、そもそも契約を中心に、「契約の対抗可能性」という概念を、仏民法一一六五条が規定する「契約の相対性 (relativité des conventions)」<sup>(8)</sup>概念と区別しあるいはそれで補完することにより発展してきたものである。<sup>(9)</sup> 『対抗可能性』の一般理論<sup>(9)</sup>形成の歴史的過程について簡単に見ておこう。

一九世紀においては、契約に基づいて設定・移転される物権の万人に対する (*erga omnes*) 対抗可能性ばかりがクローズアップされ、契約の対抗可能性は問題とされることが少なかった。また、意思自治の原則 (*principe de l'auto-nomie de la volonté*) の重視を背景に契約の私的で意思的な面が重視されていたこと、民法典そのものおよび一九世紀の注釈学派 (*Ecole de l'exégèse*) が強烈な自由主義・個人主義ドグマを有していたこと等により、契約設定に関係のない者に対する契約の効果はほぼ否定されていた<sup>(10)</sup>。当時の判例・学説は、一一六五条を、契約はいかなる効果をも契約当事者以外の者に及ぼすことができないという「契約の相対性原則 (*principe relatif du contrat*)」を規定したものと見なしていた。

しかしながら、一九世紀後半以降、それまでの農業社会の急速な都市化・工業化より生じた「取引の安全」という社会的な要請が生じた。この社会的な要請が、法の社会化 (*socialisation du droit*) と呼ばれる現象を背景に、契約の相対性原則を緩和していく必要性を人々に自覚させるようになる。やがて、幾つかの判例が、一一六五条は所有権譲渡を目的とする契約には適用されないと判断するようになり、さらには債権しか発生させない契約についても同様の判断を下すようになった。これらの判例と平行して、学説は、一一六五条の適用範囲をより厳格に理解するようになる。もっとも早く現れたのはヴァールの論稿であるが、契約の対第三者効を「対抗可能性」概念を用いて体系化したのは一九三八年のヴェイユ論文と一九三九年のカラストロン論文であり、一九四〇年代に「対抗可能性」理論は確立する。その後、一九八四年のデュクロ論文により、「『対抗可能性』の一般理論」が完成を見ることになる。

③ 契約の強制力と対抗可能性—仏民法一一六五条の意味

今日では、判例においても学説においても、仏民法一一六五条は、契約の効力のうち強制力 (effet obligatoire) のみを対象とし、必ずしも契約の第三者への対抗可能性を否定するものでないと考えられている。<sup>(14)</sup> このように、一一六五条の解釈において、契約の二つの効力 (強制力と対抗可能性) を区別する考え方は、ヴェイユ論文より明らかにされて以来、フランス学説において定着している。<sup>(15)</sup> すなわち、有効に成立した契約は当事者間に債権債務関係を生じさせるが、契約者の第三者に対する「請求可能性 (exigibilité)」は否定される。しかし、「全ての権利主体は、契約を、それが対抗可能性を有するが故に、尊重しなければならない」<sup>(16)</sup> のであり、第三者には前から存在する契約について尊重義務 (不可侵義務) が課せられる。第三者がこの義務に違反した場合 (すなわち先行する契約と相容れない契約を締結した場合)、当該義務違反行為は仏民法二二八二条の「フォート (faute)」<sup>(17)</sup> を構成し、第三者は不法行為責任を負う。<sup>(18)</sup> 但し、不法行為成立の要件として、契約を侵害する第三者が当該契約を認識していたことが必要とされている。<sup>(19)</sup> このように、フランス法では、第三者による契約侵害を基礎づけ契約の不法行為法による保護を図るため、本来物権の特性であると理解されていた対抗可能性が契約にまで拡大され、そして、第三者の「認識」が対抗可能性を作用させるための重要な要件と考えられてきた。不動産二重譲渡紛争は、このような第三者による契約侵害の一態様として一般に取り扱われてきたのである。<sup>(20)</sup>

(1) G. VIRASSAMY, La connaissance et l'opposabilité, dans Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges, sous la direction de M. FONTAINE et J. CHESTIN, 132 et s., L. G. D. J., 1992.

(2) J. DUCLOS, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), Paris, 1984, L. G. D. J. 『対抗可能性』の一般理論』について紹介

する我が国の文献としては、鎌田・前掲・一・注(15)、滝沢・前掲・一・注(1)一九三頁、七戸・前掲・一・注(2)「對抗」のフランス法的理解」六九頁以下、浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」阪大法学一四五―一四六号一五頁(一九八八年)、片山直也「一般債権者の地位と『對抗』」法学研究(慶応大学)六六卷五号一頁(一九九三年)、吉田・前掲・一・注(1)四四〇頁以下等がある。

(3) J. DUCLOS, op. cit., n° 1.

(4) J. DUCLOS, op. cit., n° 2-1. 「對抗可能性」とは対照的な概念である「對抗不能性」について見ておくことにしたい。「對抗不能性」とは「法律行為の締結又はその無効より生じた権利についてその効果が第三者に対して発生しないこと(inefficacité)」(D. BASTIAN, these préc., 3.)を意味する消極的な概念であり、故に法律上の特別な規定によって得られるにすぎない例外的な制裁として観念されている。また、「對抗不能性」理論を展開する論者は、制裁を受ける行為者の行動を強調し、ケースに応じた柔軟な解決を提示することになる。日本法においても、加賀山茂「對抗不能の一般理論について——対抗要件の一般理論のために——」判タ六一八号六頁(一九八六年)および浜上・前掲・注(2)一五頁は、「對抗不能性」を主張し得る権利を否認権と理解した上で、各規定ごとに否認権を援用できる者の範囲や援用によって生じる否認権の効力の範囲を解釈し得るとし、対立者間の十分な利益衡量ができる「對抗不能性」理論の利点を強調される。なお、バステイアンの見解について詳しくは、加賀山・前掲・一三頁、片山直也「フランスにおける詐害取消権の法的性質論の展開」慶応大学法学研究科論文集二六号一〇頁(一九八七年)、同「詐害行為取消制度の基本構造」私法五五号二一四頁(一九九三年)、武川幸嗣「民法九四条二項の『對抗不能』の法的構造」法学政治学論究一七号二二頁(一九九三年)、野澤正充「フランスにおける『對抗不能』と『相対無効』」立教法学四〇号三三頁(一九九四年)を参照のこと。

これに対して、デュクロは、「對抗可能性」は、「對抗不能性」の単なる反対概念ではなく、より積極的で一般的な権利の制裁であることを主張し、「對抗不能性」は結局「對抗可能性の制限(又は停止)」という状態を指すにすぎないとして、自らの視点の正当性を強調する(J. DUCLOS, op. cit., n° 8.)。このような、「對抗不能性」理論と「對抗可能性」理論との理論面での接続の必要性を小唆されるものとして、片山・前掲・注(2)がある。

なお、「法的要素(*élément juridique*)」という語は、デュクロにより法律行為・法律事実・権利・法的地位を指すものとして用いられている。法律行為(*acte juridique*)は、フランスにおいては、「法律効果を生ぜしめようとしてなす意思の表示」と定義されている(S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique de termes juridiques*, 9<sup>e</sup> éd., DALLOZ, 1993.)。法律事実(*fait juridique*)は、( )<sup>10</sup>では、出生・死亡、親子関係、身分占有等の「法律効果が行為者の意思には関係のない、意思による又は意思によらない出来事」を指すものとして狭義に用いられている。法的地位(*situation juridique*)とは、ある者が第三者に対して有する権利義務の総体を指すために時折用いられる概念である。

(5) 鎌田・前掲・一・注(3)一二三頁。

(6) 鎌田・前掲・一・注(16)一〇頁。

(7) J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 2-1.

(8) 仏民法一一六五条「合意(*convention*)は契約当事者の間でなければ、効果を有しない。合意は、第三者を何ら害さない。合意は、第一一一一条により定められる場合〔第三者のためにする契約〕でなければ、第三者の利益とはならない。」

なお、本稿では *convention* を「契約」と訳した。仏民法一一〇一条によれば「契約(*contrat*)とは一人ないし複数の者が、一人ないし複数の者に対して何らかのものを給付し、又はなす・なさないことを約束する合意(*convention*)」であり、*contrat* は *convention* である。しかし、デュクロがポチエの表現を借りて *convention* は「類(*genre*)」であり *contrat* はそこに含まれる「種(*espèce*)」であると説明するように、全ての *convention* は必ずしも *contrat* ではない(J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 20, note 4)。もっとも、この区別は( )<sup>11</sup>ではあまり重要ではないので、本稿では *contrat* と *convention* の両者を区別せず単に「契約」と訳した。

(9) C.-T. BARREAU-SALJOU, *op. cit.*, n° 137 bis. — J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 20 et s.

(10) 意思自治原則のコロラリーとしての契約の相対性に言及されるものとして、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集(第六卷)』(有斐閣、一九八六年)二二四頁。

(11) J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 27-2.

- (12) A. WAHL, note sous Amiens 7 déc. 1902 et 27 mars 1903, S. 1903, 2, 258.
- (13) A. WEILL, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, thèse Strasbourg, 1938. — S. CALASTRENG, La relativité des conventions, thèse Toulouse, 1939. *voir aussi* F. BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse Paris II, 1979.
- (14) J. DUCLOS, op. cit., n° 2-1.
- (15) フランスにおける議論の展開を紹介するものとして、星野・前掲・注(10)二〇一頁、前畑順子「フランスにおける契約の相対性原則をめぐって」法と政治(関西学院大学)三八巻二号三三七頁(一九八七年)、野澤正充「契約の相対的効力と特定継承人の地位(一)〜(五・完)」民商一〇〇巻一号一〇八頁・二号二八一頁・四号六二〇頁・五号八六二頁・六号一〇六六頁(一九八九年)、吉田・前掲・一・注(1)四三二頁以下がある。
- (16) J. DUCLOS, op. cit., n° 27-2.
- (17) 仏民法一三八二条「フォートある行為により他人に損害を与えた者は、それを填補する義務を負う。」  
契約侵害におけるフォートの実質的根拠づけについては、吉田・前掲・一・注(1)四三四頁以下を参照のこと。
- (18) A. FLOUR et J.-L. AUBERT, Droit civil. Les obligations, préc., n° 433. フランスでは、不法行為の効果としての損害賠償方法は、我が国と異なり、完全な原状回復(remise des choses en état)による現物賠償(réparation en nature)が基本とされ、可能である限り被害者は不法行為者に対してそれを請求することができる。請求ができない場合は、金銭賠償(等価賠償、réparation par équivalent)の方法による(山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、一九八五年)一六六頁)。
- (19) 一九世紀において、「契約」と規定しているにもかかわらず、一一六五条が「契約の相対性」だけではなく「債権の相対性」をも対象とすると学説により理解されていたことを付言しておく。両者が明確に区別されて使用されてこなかった原因としては、民法典自身、「契約(convention)」とその効果たる「債権(obligation)」の区別を明瞭にしていなかったことがあげられる。例えば、仏民法典第三編第三章は「債権の効果(De l'effet des obligations)」という表題で契約の効果と債権関係の効果を同時に規定している。現在の判例・学説は、債権と契約とを明確に区別した上で、債権も契約と同様に、原則として対抗



可能性を有しており、第三者には尊重義務（不可侵義務）が課されるとして、債権を侵害した第三者についても不法行為責任を認めている（J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 431, note 5.）。<sup>6</sup> もともと、契約の対第三者効が問題となるような場面を説明するに際しても、論者により、「契約の対抗可能性」（G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil. Les obligations*, 1<sup>re</sup> éd., SIREY, 1962, n°s 244 et s.）、「債権の対抗可能性」（H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, v. 1, 6<sup>e</sup> éd., 1976, par M. DE JUGLART, MONTCHRESTIEN, n°s 758 et s.）あるいは「契約から生じた法的地位の対抗可能性」（G. RIPERT et J. BOULLANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, d'après le traité de Planiol, L. G. D. J., 1957, n°s 566 et s.）「契約による財産変動の対抗可能性」（B. STARCK, *Droit civil. Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., LITEC, 1980, n°s 1959 et s.）と用いる表現は様々であり、「契約」と「債権」とが明確に区別され用いられているとは思われない。

(20) 我が国においても、不動産二重譲渡紛争を契約（あるいは特定物債権）侵害の一事例ととらえ、不法行為成立のために必要とされる第二譲受人の主観的要件如何という視点からこの問題の解決をはかろうとする見解が注目される。しかし、我が国においては、不法行為的構成では第一譲受人に原状回復を要求する解決は期待できないため、機能的には一七七条の「第三者」の問題としてこれを解決しようとする。さらに、ここでは、契約（特定物債権）を侵害する競争的取引をどのような範囲で認め、どのような「第三者」をその自由競争の範囲から排除するかという法政策的価値判断が「第三者」の主観的要件を決定すると説かれており、対抗要件主義自体の構造から必然的に「第三者」の主観的要件が導き出されるのではないとされている。第一譲受人の権利を特定物債権の段階と所有権を取得した段階とに分けた上で、二重譲渡問題を不法行為と関連づけて解決しようとするものとして、松岡久和「不動産二重譲渡紛争について」(二)完、龍谷法学一七巻一号一三三頁以下（一九八四年）、磯村保「二重売買と債権侵害『自由競争』論の神話」(一)神戸法学三五巻二号三九〇頁以下（一九八五年）、吉田・前掲・一、注(一)五七六頁以下。なお、滝沢・前掲・一、注(一)二〇八・二五三頁も参照のこと。

## (2) 公示による推定の発生

### ① デュクローの『対抗可能性』の一般理論』の概要

不動産公示の消極的効果としての「不知」の推定(一)

デュクロは、「対抗可能性」を「法規範秩序を構成する要素に認められた性質で、その要素が持っている直接的効果を外部へ間接的に及ぼすもの」と定義した上で、彼は、対抗可能性をより明確な形で提示するため、「対抗可能性」の客体 (objet) ・効果 (effet) ・主体 (sujet) 「能動主体(対抗する者)と受動主体(対抗される者)の二つをあげる」<sup>(1)</sup>とに細かく考察を進める<sup>(1)</sup>。全ての法的要素 (élément juridique) —— 法律事実・法律行為・権利・法的状況 (fait, acte, droit, situation) —— は、対抗可能性を有する<sup>(2)</sup>。対抗可能性の効果は、間接的なものに限られる。そして、対抗可能性の主体として、法的要素と直接に関係を有する「直接行為者(acteur direct)」(「直接主体(sujet direct)」)と、これらの者以外の「第三者(tiers)」が存在する<sup>(3)</sup>。

対抗可能性には、実際の機能および客体たる法的要素の構造・性質に応じて幾つかの異なった側面が存在するため、それらに応じて内容が明らかにされなければならないだろう。かつて、ヴェイユが、契約の対抗可能性について、問題となる場面ごとに類型的な記述をなしたことが思い起こされる<sup>(4)</sup>。だが、対抗可能性が問題となる様々な場面の中でも、学説は、直接行為者が能動主体、第三者が受動主体の場合で、第三者に既に存在している法的要素を承認し尊重する義務が課せられている場合を重視するのである<sup>(5)</sup>。

そこで、デュクロであるが、彼はヴェイユの記述を契約以外の法的要素にも敷衍する形で、「立証的意義における対抗可能性(opposabilité probatoire)」と「実質的意義における対抗可能性(opposabilité substantielle)」という概念を用いて対抗可能性の様々な側面を説明する。デュクロによれば、立証的意義における対抗可能性とは、例えば所有権に基づく返還訴訟において、目的物の所有権を取得するに至った原因事実を証明するために、返還請求者は自らが当

事者として作成したのではない売買契約証書を証拠として援用し対抗し得ることを指す。この場合には、第三者が、当該契約証書を認識していたか否かは、当該契約証書の証拠としての価値を左右するものではない。これに対して、第三者に法的要素の尊重義務（不可侵義務）が課され、法的要素を認識していたか否かが第三者の行動に大きな影響を与えるのが、実質的意義における対抗可能性である。デュクロは、他の学説同様、このような対抗可能性の側面を重視する。<sup>(6)</sup>

さらに、デュクロ、法的要素を形成的要素 [élément formel (法律事実・法律行為)] と実体的要素 [élément substantiel (権利・法的地位)] とに区別する。そして、実質的意義における対抗可能性の問題が存するのは、主として形成的要素、その中でも法律行為、特に契約をめぐる紛争においてであると分析する。<sup>(7)</sup> 契約の対抗可能性をめぐる「対抗可能性」理論が展開してきたことについては、既に述べたとおりである。<sup>(8)</sup>

## ② デュクロによる不動産公示メカニズムの説明

以上を前提に、デュクロは、不動産公示がなされなかったことに対する制裁の問題を、直接行為者（公示義務者）から第三者（公示の受け手）への形成的要素（不動産公示の対象となる契約）の対抗可能性の問題として考察する。<sup>(9)</sup>

デュクロは、「潜在的対抗可能性 (opposabilité virtuelle)」と「対抗可能性の効果 (efficace de l'opposabilité)」という概念を用い、公示の効果を鮮明にすることを試みる。彼は、「対抗可能性は、全ての法的要素が論理的にそれ「対抗可能性」を有しており故に常に「全ての法的要素にとって」潜在的なものであっても、全ての場合において効果を生じるわけではない。第三者の利益が上位にくる場合には、「第三者に」悪い結果をもたらす要素が「この第三者に

は) 対抗できなくなることが正当化されることがある。故に、第三者の保護は、対抗可能性の前提要件ではなく、対抗可能性の発動(*mise en œuvre*)の要件、すなわち対抗可能性による積極的な制裁の要件の問題として扱われる。<sup>(10)</sup>と説明している。法的要素は全て対抗可能性を有しているのであるが、第三者には法的要素の存在を行動時に知らない危険がある。このことから、第三者が認識できる場合のみ、法的要素は第三者に対抗できるとすべきであることは容易に理解し得る。デュクロは「第三者による法的要素についての認識が、(直接行為者による) 第三者に対する対抗可能性の発動の鍵となることに疑いはない。<sup>(11)</sup>」と明言し、「対抗可能性の発動」の要件として第三者の「認識」が必要であると論じる。<sup>(12)</sup>

不動産公示は、法的要素の外部的表象——「外面化(*exteriorisation*)」——であり、第三者が信頼することができるものである。<sup>(13)</sup> デュクロによれば、公示は、ある法的要素を第三者に対抗可能にするために、第三者にそれを認識させるための手段であり、<sup>(14)</sup> さらに進んで、公示された事項について第三者が認識しているとの絶対的推測を生じさせるための手段であるとされる。不動産公示がなされることにより、第三者は公示された事項を認識していると推定される。<sup>(16)</sup> この第三者の「推定される認識」に基づいて、法的要素は第三者に対抗可能となるのである。<sup>(16)</sup>

このような推定が発生する根拠としては、第一に、公示制度が存在する領域においては、「善意の一般的推定(*présomption générale de bonne foi*)」が生じないということがあげられる。<sup>(17)</sup> 公示制度が存在する領域については、《*Nemo censetur ignorare legem*(誰も法を知らないと見なされない)》の格言が妥当する。第三者は取引をする際に重要な事項については公示簿を調査するはずであり、また公的機関により公示簿が整備されている限りその閲覧が可能

であるから、第三者には原則として「情報照会義務(*devoir de s'informer*)」が課せられるのである。<sup>(18)</sup> 義務的で、それがなされなかった場合には対抗不能という重大な制裁を伴う公示について、このことはよく当てはまる。

第二に、社会秩序が、「認識」の推定を要請し、ある法的要素を対抗するために第三者が実際に法的要素を認識していたか否かを調査しなければならない制度の存在を認めないということがあげられる。なぜなら、「法律事実・法律行為・権利又は法的地位を対抗する前に、各々の個人が第三者の悪意を証明しなければならない法律制度を承認することはできない。このような法律制度の下では、安全なものとして制度化されるものは危険である。<sup>(19)</sup>」からだ。すなわち、不動産公示を取引安全のためにと創設しておきながら、第三者が法的要素の存在を知っていたか否かを逐一調査しなければならないとすれば、繁雑さを伴うし、また、公示簿が信頼し得ないものとなるからである。

以上のように、公示がなされることにより、対抗可能性の発動の要件たる第三者の「認識」の証明を必要とせず、第三者は公示された要素を認識していると推定される。不動産公示制度に服する契約については、「現実の認識(*connaissance effective*)」ではなく、あくまでも「推定される認識(*connaissance réputée*)」が基本であると位置付けられている。そして、第三者の「認識」が推定される結果、契約は第三者に対して「決定的に(*décisivement*)」対抗可能となると説明される。公示が対抗可能性を契約に付与するという見解はかねてより疑問とされてきたのであり、<sup>(20)</sup> 三三、で詳述する一九六八年判決により悪意者排除の結論が採用されたことにより、未公示の契約であっても悪意の第三者には対抗することができることになったため、その疑念は一層強まったのである。

このように、デュクロにより、不動産公示制度は契約を第三者に対抗可能にするために「認識」を第三者に得させ

ることを目的としており、公示がなされることにより第三者の「認識」が推定されると説明されている。

### ③ 不動産公示と推定制度

しかしながら、フランス法においては、一八五五年に不動産公示法が制定されて以来、不動産公示が推定制度<sup>(21)</sup>に基礎を置くものであるという説明はなされてこなかった。<sup>(22)</sup>一八五五年法下においては、對抗要件主義に関する同法<sup>(23)</sup>三条は証明規定 (règle de preuve) ではなく実体規定 (règle de fond) であると説いて、推定構成を明確に否定するビューノワールのような者さえいたのである。<sup>(24)</sup>しかし、当時既に、ボワソナードは「規定された手続がなされたか否かに応じて、譲渡の事実についての認識又は不知の推定が生じる。」と説き、不動産公示が推定制度に基づくことを肯定していた。<sup>(25)</sup>ボワソナードは、第一譲受人により公示がなされているならば、後続の譲受人は過去の所有者と取引する余地がないことを知っていたと推定される、つまり公示がなされたことにより「認識」の推定が生じる、またこの者が第一譲受人の公示を知らないとしても過失が認定されると考えていたのである。<sup>(26)</sup>

ボワソナード以後、多くの論者がボワソナードと同様の表現で、不動産公示による「認識」さらには「不知」の推定の存在を認めるようになる。今日では、多くのフランスの民法教科書で、「全ての公示された証書は知られていると推定されなければならない、全ての公示されていない証書は知られていないと推定されなければならない。そしてこの二つの推定は覆滅することができない。」<sup>(27)</sup>(マロリー・エネス)、<sup>(27)</sup>「義務的な法的公示は、明確に契約を第三者に対抗可能にする認識の覆滅し得ない推定を生み出す。反対に、法的公示の欠缺が……不知の覆滅し得ない推定を生み出すということは肯定することができない。」<sup>(28)</sup>(ゲスタン) <sup>(28)</sup>といった記述が見られるのである。

そこで、三、以下では、二つの推定のうち、不動産公示がなされなかった場合に生じる「不知」の推定の内容・性質について検討を加えていきたい。これは、不動産二重譲渡紛争における第三者の主観的要件の問題と直結していると言えよう。

- (1) J. DUCLOS, op. cit., n° 2-2.
  - (2) Ibid.
  - (3) J. DUCLOS, op. cit., n° 2-3.
  - (4) A. WEILL, thèse préc., n°s 181 et s., 231 et s.
  - (5) Vocabulaire Juridique, sous la direction de G. CORNU, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1990, V° Opposabilité. — B. STARCK, Droit civil. Les obligations, préc., n°s 1207 et s. なお、デュクロによれば、このような義務は人間は相互に依存するという平凡な事実から生じるべき。
  - (6) ヘルトロンも、実質的意義における対抗可能性を重視している (F. BERTRAND, thèse préc., n°s 1115 et s.)。
  - (7) J. DUCLOS, op. cit., n° 12-2 et 129.
  - (8) Ibid.
  - (9) J. DUCLOS, op. cit., n° 2-4 et 246.
  - (10) J. DUCLOS, op. cit., n° 7.
  - (11) J. DUCLOS, op. cit., n° 9, 171 et 172.
  - (12) 契約について、「認識」を対抗可能性の発動の要件とするものとして、デュクロの他、P. MALAURIE et L. AYNÈS, Cours de droit civil. Les obligations, préc., n° 654. — A. SÉRIAUX, Droit des obligations, PUF, 1992, n° 57. — J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Droit civil. Les obligations, préc., n° 433. — G. VIRASSAMY, op. cit., n°s 6 et s. 等がある。
- 但し、デュクロによれば、債権 (droit personnel) に関して、第三者の「認識」の有無が対抗可能性を左右するのは、為

す債務の場合だけであると考えられている。為す債務については、同一内容の債権が複数存在する場合には、一つの債務の履行は自動的に他の債権の実現不能をもたらすため、時間において先行する債権を優先するという原則(《Prior tempore, potior jure》原則)が妥当し、さらにそれは第三者の「認識」の有無により修正される。公示制度に服するものについては、公示制度の趣旨との調整により、かつては「認識」よりも厳格な要件(「詐害的協働」)が課され、対抗可能性の発動が左右されていた。これに対して、金銭債権の場合には、債権の発生順および「認識」は対抗可能性に何ら影響せず、債権間の優劣関係にも影響を及ぼさないと考えられていることを付言しておく。

(13) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit. n° 5. — J. DUCLOS, op. cit. n° 248 et 259.

(14) J. DUCLOS, op. cit. n°s 259 et s.

(15) デュクロは、大多数の論者が用いる「認識の推定(*présomption de connaissance*)」ではなく、「認識の推測(*supposition de connaissance*)」という表現を用いる。彼によれば、「推定」という言葉には、第三者が実際に「不知」であったことを示すことで反対証明をなし得る可能性が秘められているという。法律上の推定は原則として覆滅し得ない推定であるとされるが、民法一三五二条は覆滅し得ない推定について「法律が……宣誓および裁判上の自白(*le serment et l'aveu judiciaire*)」について述べるところについては「いかなる証明も認められない訳ではない」として、自白・宣誓により覆滅し得る可能性を示している。これに対して、「推測」の語には、自白・宣誓に関する法律の規定を適用する余地はなく、これを「覆滅し得ない推定」と同一視することはできないという。公示により生じる「認識の推測」は、第三者が実際は証書の存在を知らなかつたと主張することを禁ずるのである。

(16) J. DUCLOS, op. cit. n° 10 et 248.

(17) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit. n° 107. — J. DUCLOS, op. cit. n° 248, note 4. 時効取得に関する民法二二六八条「善意は常に推定される、そしてこれを証明すべき者は悪意を主張する者である。」の存在から、幾人かの論者は民法における「善意の一般的推定」の存在を主張してきた。ここから、不動産公示に関しても、その欠缺に際しての善意推定が説明されることがある(例えば、G. GOUBEAUX, note sous Civ. 3° 30 janv. 1974, préc.)。



(18) C. - T. BARREAU-SALIOU, loc. cit.

(19) J. DUCLOS, op. cit., n° 9.

(20) M. LÉVIS, op. cit., n°s 202 et s. 公示の効力については、本来、「對抗可能性」の側面からではなく、「對抗不能性」の側面から問題とされるべきであることは、我が国においても、鎌田・前掲・一・注(15)一一頁をはじめ、多くの論者に指摘されていた。

(21) 仏民法一三四九条「推定は、法律又は司法官が、知られない事実について、知られた事実から引き出す結論である。」  
同一三五〇条「法律上の推定は、特別の法律が一定の行為又は一定の事実が付与する推定である。(以下のものが、)それである。」

一 法律が、その規定を逸脱して行ったものと推定して、その性質のみによって無効と宣言する行為

二 法律が特定の状況から所有権又は「債務の」免責が生じると宣言する場合

三 法律が付与する既判力

四 法律が当事者の自白又は宣誓に付与する効力」

同一三五二条「①法律上の推定は、受益者に対して全ての証明を免除する。

②法律が法律上の推定を根拠として一定の行為を無効とし、又は裁判上の訴権を否定するときは、法律上の推定に反するいかなる証明も、認められない。但し、法律が反対の証明を留保している場合、宣誓および裁判上の自白について述べるところについては、その限りではない。」

フランス法における推定は、法律上の推定(同一三五〇条一項)と、事実上の推定(同一三三三条、*présomption de fait, présomption de l'homme ou du juge*)に大別される。さらに、法律上の推定は、覆滅し得ない推定(*présomption irréfragable*)と、全ての方法により反対証明を受ける覆滅し得る推定(単純推定、*présomption réfragable ou simple*)に分けられる。法律上の推定は覆し得ないのが原則であるが、この覆滅し得ない推定は、さらに制限的一定証拠のみにより覆し得るもの、自白又は宣誓により覆し得るもの、結果を争うことが絶対的に許されないものに分けることができる。これに対して、事実上

の推定は、証人による証明が許容される場合(同一三四一条)にのみ認められ、証拠価値は証人のそれと同じである。したがって、裁判官の確信を得るには、それだけでは不十分であり、それを補強する一連の証拠が必要である。

フランス法における推定について詳しくは、三井哲夫「フランスに於ける民事訴訟の基本構造とその実態・I・III」判タ一二五号一頁・一二六号二頁・一二七号一頁(一九六二年)、ジュオン・デ・ロングレエ・野田良之訳「証拠[La Preuve]」法協八四卷二号二二二頁(一九六七年)、江藤价泰「フランス法における既判力概念の発展」民事訴訟雑誌七号九七頁(一九六一年)、若林安雄「フランスにおける立証責任(序説)」判タ三三四号一九頁(一九七六年)を参照のこと。

(22) M. LÉVIS, op. cit., n° 215.

(23) 一八五五年法三條の条文については、一・注(3)を参照のこと。

(24) Cité par M. LÉVIS, loc. cit. — C. BUENOIR, Propriété et contrat, ROUSSEAU, 1900, 124. 推定構成を批判するものとしてはその他にも C. LYON-CAEN, note sous Req. 27 nov. 1893, S. 1894, I, 386. がある。

(25) Cité par M. LÉVIS, loc. cit. — G. BOISSONNADE, "Réponse aux objections formulées par M. Garsonnet", Rev. prat. dr. fr., t. 31, 1871, 266. 對抗要件主義に関するボワソナードの推定構成による理解について詳しくは、鎌田・前掲・一・注(1)六〇頁、有川哲夫「二重譲渡と悪意の第三者(一)」法学論叢(福岡大学)二四卷四号四一五頁(一九八〇年)、七戸・前掲・一・注(2)「對抗要件主義に関するボワソナード理論」二二八頁以下を参照のこと。ボワソナードの對抗要件論については、これらの他にも以下の文献がある。池田真朗「ボアソナードにおける『第三者』の概念」法学研究(慶応大学)五九卷六号一頁(一九八六年)、高橋良彰「ボアソナードの二重譲渡論について——「倫理」・「自然法」・「実定法」をめぐる覚書——」東京都立大学法学会雑誌三〇卷一号六二五頁(一九八九年)。

(26) G. BOISSONNADE, art. préc., 266.

(27) P. MALAURIE et L. AYNÉS, Cours préc., 571.

(28) J. GHESTIN, Traité préc., t. 2, n° 347.

### 三. 不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定

#### (1) 「不知」の推定の性質をめぐる近時の立法の動向

「不知」の推定の性質に関する問題は、公示義務者が、未公示譲渡の存在を第三者が認識していたことを証明することにより、対抗不能という制裁を免れることができるか否かという問題である。ところが、従前の不動産公示法である一八五五年法も現行法たる一九五五年法も、この問題に何ら言及していない。そこで、民法典における不動産公示以外の公示に関する規定、さらに近時の商業公示に関する法律の規定に目を向けると、以下のように、それらは「不知」の推定が覆し得るものであることを明らかに認めていると言える。<sup>(1)</sup>

#### ① 身分に関する公示

##### イ. 夫婦財産契約の公示

一九六五年七月一三日の法律により、夫婦財産契約および夫婦財産制に関する民法典の規定は全面的に改正された。<sup>(2)</sup> 同法により、それまでは嫁資制 (régime dotal) を選択した場合にのみ適用された夫婦財産契約の公示に関する規定 (仏民法旧一三九一条) が、全ての夫婦財産契約に適用されることになった。夫婦財産契約の公示とその効果に関する規定は次のとおりである。<sup>(3)</sup>

仏民法一三九四条「①全ての夫婦財産上の合意は、公証人の面前で、その当事者である全ての者又はそれらの者の受任者の同時の立会いおよび同意をもって、証書として作成する。

② 契約の署名のときに、公証人は、その氏〔名〕および居所地、将来の夫婦の氏名、資格および住居並びに契約の日付を挙示した印紙の貼用を必要としない用紙による無料の証明書を当事者に交付する。この証明書は、それを婚姻の挙式前に身分吏に交付しなければならないことを表示する。

③ 婚姻証書に「夫婦財産」契約がなされていない旨が記載されている場合には、夫婦は、第三者に対しては、法定夫婦財産制の下で婚姻したものと見なされる。但し、夫婦がこれらの第三者と締結した証書において、「夫婦財産」契約を行った旨を宣言した場合には、この限りではない。

④ 更に、夫婦の一方が婚姻のときに商人であり、又は後に商人となる場合には、夫婦財産契約は、商業登記簿に関する規則に定める条件および制裁の下に公示しなければならない。」

全ての夫婦財産契約には、本条二項により公示が義務づけられている。そして、公示義務の懈怠に対する制裁は對抗不能という重大なものであるため、夫婦の一方と取引をなす第三者には、公示された婚姻証書の内容を照会する義務が課せられていると考えられている。したがって、三項は、第三者が公示簿を調査したところ、夫婦財産契約を締結したにもかかわらず夫婦財産契約を締結していない旨の虚偽の記載がなされており、その記載を信頼して第三者が取引をなした場合を対象として<sup>(4)</sup>いる。

これに対して、夫婦財産契約に関する記載が全くなされていない場合に関する規定はない。学説の大多数は、<sup>(5)</sup>このような場合について、第三者は、さらに夫婦財産契約の存否について直接夫婦に照会しなければならないのであり、記載がなされていないことから夫婦財産契約が締結されていないと信じたと主張することはできないとする。このよ

うに考えると、結局、夫婦財産契約に関する記載が全くなされていなかった場合でも、夫婦財産契約は第三者に対抗することができることになる。

しかし、以上のような見解に対しては批判も根強い。一部の論者は、婚姻証書に夫婦財産契約についての記載が全くなされていない場合であっても、第三者は夫婦が法定夫婦財産制の下で婚姻したと信じることの方が多いのではないかと批判する。<sup>(6)</sup>そして、記載がなされていない場合も、婚姻証書に夫婦財産契約が存在しない旨の虚偽の記載がなされた場合と同じ取扱いをすべきであると主張する。すなわち、記載がなされていない場合には、第三者は夫婦財産契約の存在を知らなかったと推定され、夫婦財産契約はこのような第三者に対抗することができない。反対に、第三者が実際には夫婦財産契約の存在を知っていた場合、夫婦財産契約は、婚姻証書に記載がなされていなかったとしても、第三者に対抗することができる。このように考えるならば、一三九四条により、夫婦財産契約の公示については、「第三者が現実に認識していた場合にはその認識をもって公示に代える一般原則(Principe général de remplacement de la publication par la connaissance empirique)」<sup>(7)</sup>（以下代替原則と呼ぶ。）が認められていると解することができる。と、バロー＝サリウは述べている。

#### ロ・後見に関する判決の公示

成年無能力者に関する民法典第一編第一章は、一九六八年一月三日の法律および一九六八年一月二日のデクレにより全面的に改正され、公示に関する規定も新しくおかれた。後見の開始・変更又は解除を定める全ての判決の抄本は、保護される者が出生した管区の大審裁判所書記課に保存されている民事台帳 (répertoire civil) に記載され

(仏新民事訴訟法一二六〇条)、書記官の請求により、民事台帳の番号が保護される者の出生証書に余白記載されることになった。出生証書への記載とその効果に関する規定は次のとおりである。

仏民法四九三—二条①後見の開始・変更又は解除を定める判決は、保護される者の出生証書の余白に民事訴訟法典に定める様式に従ってその記載を行ってから二カ月後でなければ、第三者に対抗することができない。

②但し、この記載がない場合でも、それらの判決は、個人的にそれを知っていた第三者に対抗することができない。」

本条二項においても、第三者が現実には後見の開始・変更又は解除の判決を認識していたことを証明することにより、「不知」の推定を覆滅し得ることが肯定されている。<sup>(8)</sup>

## ② 商事に関する公示

### イ. 動産および不動産の信用貸借 (credit-bail) の公示

信用貸借<sup>(9)</sup>は、動産については、商事裁判所の書記課に保存されている特別の公示簿に、不動産については、抵当権保存所の公示簿に、それぞれ公示されなければならない(動産および不動産の信用貸借の公示に関する一九七二年七月四日のデクレ二条以下および一〇・一一條、以下一九七二年法と呼ぶ)。信用貸借の公示の効力に関する規定は次のとおりである。

一九七二年法八条「公示手続が二条から五条までに規定された条件に従ってなされなかった場合は、信用貸借会社は、一九六六年法七月二日修正法一条から三条までの適用により、利害関係人が権利の存在を認識していたことを

証明しない限り、信用賃貸借会社が所有権を留保していた財産上の権利をその顧客の債権者又は有償承継人に対抗することができない。」

この一九七二年法は、信用賃貸借を業とする会社に関する一九六六年七月二日法一―三条において明確に規定されていた未公示信用賃貸借の対抗不能という制裁を、そのまま採用するものである。信用賃貸借の公示は義務的なものでありかつ対抗不能という重大な制裁を伴ったものであるため、公示がなされていない場合には、第三者について「不知」の推定が生じると解される。しかし、この推定は、信用賃貸借に基づいて信用賃貸借会社が目的物上に有する権利の存在を第三者が実際は認識していたことを証明することで覆され得る。<sup>(10)</sup>なお、この「認識」の証明は、例えば目的物への打刻又は同法一二・一三条に基づいて信用賃借人に課せられる公示やその他の事実上若しくは法律上の公示がなされていれば、容易となっている。信用賃貸人は、第三者が信用賃貸人の権利の存在を知り得たはずであることを証明するために、これらの公示を援用することができるのである。<sup>(11)</sup>

#### ロ・特許権 (brevet) に関する公示

特許権の出願又は特許権に関する権利の移転・変更に関する全ての行為は、証書によらなければ無効となるが、さらにこの証書は国家特許権公示簿への公示が義務づけられている（特許権に関する一九七八年七月一三日の法律により修正された一九六八年一月二日の法律四三条、以下一九六八年法と呼ぶ）。特許権の公示は、不動産公示と同様に同一前主からの同一の権利の二重譲受人間の紛争を規律する。さらに、公示がなければ、侵害訴訟を提起することができないから、特許権侵害訴訟において、第三者に対して、特許権者が自らの特許権を主張するのにも役立つ。<sup>(12)</sup>特許

権の公示の効力に関する規定は次のとおりである。

一九六八年法四六条「特許権の出願又は特許権に関する権利を移転し又は変更する全ての証書は、第三者に對抗するためには、国立工業所有権協会により保存されている特許権公示簿に公示されなければならない。但し〔これらの証書の〕公示前に権利を取得したが取得時に先行する証書を認識していた第三者には對抗することができる。」

本条により、公示されることにより、特許権に関する証書は第三者に對抗できるようになるのであるが、反対に、公示がなされなければ、第三者は証書の存在を知らなかったと推定され証書は第三者に對抗することができない<sup>(13)</sup>。修正前の条文は、今日のような第三者の個人的認識を留保する但書を持たなかったため、特許権の公示の効力の形式性・画一性を明らかにしているものととらえられていた。しかし、一九六八年法施行以降の判例が、未公示特許権であつても実際にはその存在を認識していた第三者には對抗できることを認めため<sup>(14)</sup>、一九七八年法は但書においてこの判例による解決を採用し、現在に至っている。現在では、特許権者は公示を備えていなくても、特許権の存在を第三者が認識していたことを証明することにより侵害訴訟を提起することができ、本条は、未公示特許権の増大に伴つて、非常に重要なものとなっている<sup>(15)</sup>。

ハ・商業および会社登記簿 (registre du commerce et société、以下RCSと呼ぶ。)への公示

商業および会社登記簿に関する一九八四年五月三〇日のデクレ(以下一九八四年法と呼ぶ。)六六条一項では、商業および会社登記の効力として、未登記の事実又は証書の第三者への對抗不能が定められている。さらに、会社につ



いては登記制度と密接なかわりをもつ記録簿 (dossier) 制度が定められ、RCSに添付して各会社ごとに記録簿が開設されることになっており、会社はこの記録簿中に保管すべき定款その他一定の証書又は書類を付託 (dépot) することになっているが (一九八四年法四七条以下)、付託がなされなかった場合の効果としても、六六条二・三項により、これらの書類の第三者への対抗不能が定められている。<sup>(16)</sup> 一九八四年法六六条の規定は次のとおりである。

一九八四年法六六条「①登記義務を負う者は、記載に服する事実又は証書が公示簿上公示されていない限り、自己の活動の遂行上これを第三者にも行政庁にも対抗することができないが、第三者又は行政庁は、当該事実又は証書を主張することができる。

②さらに、公示簿に添付される証書又は書類の付託義務を負う者は、対応する手続がなされていない限り、第三者にも行政庁にも、これを対抗することはできない。但し、第三者又は行政庁は、当該証書又は書類につきこれを主張することができる。

③前記各項の規定は、記載又は付託に服する事実又は証書が他の法定公告の対象となった場合であっても、当該事実又は証書に適用され得る。但し、当該事実又は証書を認識していた第三者又は行政庁は、当該事実又は証書を主張することができない。」

一九五三年八月九日のデクレでは対抗不能の制裁は制限的に列挙された証書にしか適用されなかったが、一九六七年三月二三日のデクレ四三条は対抗不能をもって全ての公示の不履行を制裁している。<sup>(17)</sup> したがって、一九六七年以後全ての証書は公示しなければ第三者に対抗できないことになり、公示がなされていない場合に生じる「不知」の推定

が第三者に及ぶ範囲はかなり広がった。一九八四年法六六条も、この一九六七年法を維持したのである。<sup>(18)</sup>一九八四年六六条以外にも、商事会社に関する一九六六年七月二四日の法律において、公示の不履行に対する対抗不能の制裁が規定されている。<sup>(19)</sup>いずれの場合も、公示がなされていない場合には、第三者(一九八四年法六六条における第三者とは、公示義務者が「自己の活動の遂行上」すなわち営業活動を遂行する上で契約を締結した者である。)について、一般に「不知」の推定が生じるものと考えられている。<sup>(20)</sup>そして、一九八四年六六条三項は、RCSへの公示がなされなかった場合、その他の公示をなしたからといって「不知」の推定を覆すことはできず、第三者の認識の証明によつてのみ「不知」の推定を覆すことができることを規定している。<sup>(21)</sup>但し、第三者が取引時に未公示証書を実際には認識していたことを公示義務者が証明する場合には、第三者の「不知」の推定は覆されることも規定するのである。なお、認識の証明は、一切の証明方法をもつてなされる(仏商法一〇九条)。

これらの規定において、立法者が、後に検討する「不知」の推定の覆滅を認めた破毀院第三民事部一九六八年判決の解決をそのまま採用して「代替原則」を認めたということは、どのような意味を持つのであろうか。公示制度の創設以来、「不知」の推定の覆滅の可否をめぐって二つの考え方が対立してきた。これらについては(2)で概観するが、それぞれの学説は近時の立法の動向を以下のようにとらえている。<sup>(22)</sup>

「不知」の推定は原則として覆滅することができないと考える学説(すなわち悪意者包含説、以下覆滅不可能説と呼ぶ。)は、これらの立法が、多くのしかし限定された「不知」の覆滅し得る推定を、公示の画一性・形式性に対す

る例外として認めたと考える。未公示証書を認識している第三者であっても（「フロード (Fraude)」があつた場合を除いて）証書が対抗不能であると主張し得るのが原則であるとする。一方、「不知」の推定を覆滅し得る推定であるとする学説（すなわち悪意者排除説、以下覆滅可能説と呼ぶ。）は、立法者が、不動産公示法に第三者の主観的要件に関する規定がおかれなかつたことで生じた混乱に懲りて、「代替原則」をその後の立法により明確に規定したものと理解する。

(1) 商業公示を中心とした実体的公示をめぐる立法の動向については、J. DUCLOS, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 409 et s. — M. LÉVIS, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 228 bis. — C. - T. BARREAU-SALLOU, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 197 et s.

(2) フランスにおける夫婦財産制について詳しくは、稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、一九八五年）一五五頁以下を参照のこと。

(3) なお、夫婦財産制の変更に關する民法一三九七条にも類似した規定がおかれている。

民法一三九七条「①夫婦は、合意による又は法定の夫婦財産制の二年間の適用の後に、公証人証書によって、家族の利益に従つて財産制を修正すること、又はそれを全体として変更することも合意することができる。公証人証書は、その住所の裁判所の認可に服する。

②修正される契約において当事者であつた全ての者は、認可の審理に呼び出さなければならぬ。但し、それらの者が死亡している場合には、その相続人については、その限りではない。

③認可された変更は、当事者の間では判決の日付から、第三者に対しては婚姻証書の写しの一方又は他方の余白にその記載を行つてから三カ月以内に効果を生じる。但し、この記載がなされなかつた場合でも、夫婦が第三者と締結した証書において夫婦財産制を変更した旨を宣言した場合には、夫婦は、その変更をなお第三者に対抗することができる。」

(4) C. - T. BARREAU-SALLOU, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 64. 民法七六条により、夫婦財産契約の有無は、婚姻証書の記載事項となつてい

る。なお、フランスにおける身分登録制度について詳しくは、平田陽一「フランスの身分登録制度」時の法令一二八五号五三頁(一九八六年)を参照のこと。

- (5) A. LIEG et F. LOTZ, La publicité en matière de régimes matrimoniaux : une institution à réformer, J. C. P. (N.), 1973, I, 2570 et 2578, n° 7, note 3.
- (6) J. DUCLOS, op. cit., n° 410. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 200.
- (7) 代替原則を「等価の原則(principe d'équivalence)」を表現しようとする(C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 215.)。
- (8) M. LÉVIS, op. cit., n° 330 et 332. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 210.
- (9) フランスにおける信用貸借については、滝沢津代「フランスにおける所有権留保条項」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』(有斐閣、一九八三年)を、信用貸借の公示については、C. LUCAS DE LEYSSAC, L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps, D. 1975, Chr. 23. を参照しよう。
- (10) Com. 8 déc. 1987, Bull. civ. IV, n° 265, 199; J. C. P., 1988, II, 21065, note BEY. — 17 mai 1988, arrêt n° 56 Loca-France c/Reverdy es-qualité, inédit, cité par BEHAR-TOUCHAIS, note sous Com. 3 oct. 1989, J. C. P., 1990, II, 21454. — 5 déc. 1989, BRDA, 1990/3, 12. — Douai 7 déc. 1989, BRDA, 1990/11, 14; Banque, 1990, 196, obs. RIVES-LANGE; Rev. trim. dr. com., 1990, 262, obs. MARTIN-SERF.
- (11) J. DUCLOS, op. cit., n° 411. — E. M. BEY, De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier, J. C. P. (N.), 1974, I, 2549.
- (12) 一九六八年法五三条によれば、侵害訴訟は通常特許権者によって提起されるが、専用実施権者および一九六八年法三四条に定められた条件の下にある強制実施権者も、特許権者自らが侵害訴訟を提起しない場合には提起することができる。
- (13) しかし、登記期間は定められていない。特許権の公示については、P. ROUBIER, 《La publicité des transmissions de droits industriels. Comparaison avec la publicité immobilière》, in Études de droit civil à la mémoire de Capitant, 1939, 711. — J. - M. MOUSSEON, D. Rép. com., V° Brevets d'invention, préc., n° 413. — M. DE JUGLART et B. IPPOLITO Droit commercial, v. 2, MONTCHRESTIEN, 1988, par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, n° 165. — G. RIPPERT, Traité de droit commercial, t. 1,

14<sup>e</sup> ed., L. G. D. J. 1985, n<sup>os</sup> 409<sup>2</sup> et 501 et s.

- (14) Com. 25 mai 1976, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup> 179; D. 1978, I. R. 148, obs. MOUSSERON et LE STANG.
- (15) J. - M. MOUSSERON et C. LE STANG, obs. préc.
- (16) M. LÉVIS, op. cit., n<sup>o</sup> 228 bis. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n<sup>os</sup> 202 et s. フランスの商業公示については、加藤徹『商業登記の効力』（成文堂、一九九二年）を参照させていただいた。
- (17) A. JAUFFRET, Les réformes récentes du Registre commerce, Rev. trim. dr. com., 1969, 406.  
一九六七年三月二三日のデクレ四三條「商業および会社登記簿への登録に服せしめられた者は、記録に服すべかりし事実および証書につき、登記簿に公示されていない場合には、その活動中、これをもって第三者にも行政庁にも対抗することができないが、第三者または行政庁は、これを主張することができる。本規定は、登記義務者が取引をなしたときに、当事者たる第三者または行政庁が関係ある事実および証書につき認識を有していたことを、当該登記義務者において立証するときには、適用されなご。」
- (18) C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n<sup>o</sup> 202. 対抗不能の制裁が課せられる公示の例として、合名会社の持分譲渡についてみてみよう。一九六六年七月二四日の法律二〇条により、合名会社の持分譲渡は、債権譲渡手続又は譲渡証書原本の会社の本社への寄託がなされた場合には、会社に対抗することができる。しかし、一九六七年三月二三日のデクレ一四條により、RCSに公示がなされた後でなければ、譲渡は第三者には対抗することができなくなった。さらに、会社持分の譲渡は必然的に会社の定款変更を生ぜしめるため、破毀院は、定款変更を確認する社員の議決がなされなかった場合には、持分譲渡の公示だけでは内部的な変更を第三者に対抗することはできないとの判断を下した (Com. 16 janv. 1990, Bull. Joly, 1990, 292, 884, note LE CANNU.)。結局、合名会社の持分譲渡については、持分譲渡のRCSへの公示（一九六六年七月二四日法二〇条と一九六七年三月二三日のデクレ一四條）と定款変更の議決のRCSへの寄託が必要となる。故に、第三者は、これらの二つの公示がなされていない限り、譲渡を知らないと推定される。自らの持分を譲渡した社員は、第三者が公示以外の方法により個人的に譲渡を知っていたことを証明しない限り、これらの二つの公示がなされた後でなければ持分譲渡を第一不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定（一）

三者に対抗することができない。

- (19) 一九六六年七月二四日の法律八条二文により、人的会社は、RCSに適法に公示されていない限り、執行社員の選任・退任を第三者に対して主張することができない。

- (20) Paris 27 avril 1988, D. 1988, I. R. 167. — Com. 22 dec. 1988, Bull. Joly, 1989, 78, §13. — Com. 24 janv. 1989, Bull. Joly, 1989, 364, §84.

- (21) 加藤・前掲・注(16)八七頁。例えば、人的会社の執行社員の選任・退任は、RCSへの公示と同時にBODACC(民事および商事公告公報、一九七八年一月四日の法律五三条により商事公告公報より名称が変更された。)に掲載されることになつてはいるが、BODACCへの掲載は純粹に行政上の価値しかもたない。

- (22) J. DUCLOS, op. cit., n<sup>os</sup> 406 et s. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n<sup>o</sup> 214.

## (2) 「不知」の推定の性質をめぐる学説の対立——覆滅不可能説と覆滅可能説

### ① 覆滅不可能説の根拠

既に述べたように、フランス不動産公示法には「第三者」の善意悪意に関する定めはないため、「第三者」の主観的要件に関する問題の解決は、判例および学説による解釈に委ねられてきた。破毀院は、当初、フロードがある場合のみを唯一の例外として、原則として「不知」の推定は覆滅することができないと解していた。しかし、その後判例を変更し、現在ではこの推定を覆滅することができる推定と解して、悪意者を「第三者」の範囲から排除している。判例の流れについては次章で概観することにして、以下では「不知」の推定の性質をめぐる学説の展開を検討する。

学説においては、比較的最近まで、補充指定の公示に関する民法一〇七一条を根拠として、覆滅不可能説をとる

ものが多かった<sup>(1)</sup>。今世紀半ばまで代替原則を明確に規定するいかなる条文もなかったのに対して、形式的にはあるが代替原則を排除する唯一の規定として一〇七一条が存在していたからである。この規定は、第三者の善意悪意から完全に独立した不動産公示の画一性・形式性を明らかにした条文上の根拠として、覆滅不可能説からしばしば引き合  
いに出されてきた<sup>(2)</sup>。確かに、一〇七一条は条文上は無償行為たる補充指定の公示について第三者の善意悪意を考慮し  
ないことを明らかにしているだけ<sup>(3)</sup>で、同条が直ちにその他の種類の不動産公示にも適用されると見得る根拠はない。  
だが、民法典に規定されている補充指定の公示と不動産公示法に規定されたその他の公示を特に区別して扱うべき積  
極的理由はないと説かれていた<sup>(4)</sup>。

## ② 覆滅可能説からの批判

当初、一〇七一条を根拠とする見解に異議を唱える者は稀であった<sup>(5)</sup>。しかし、一〇七一条は公示が「胎児  
(embryonnaire)<sup>(6)</sup>」でしかなかった一八〇四年の民法典に規定されており、同法典において「不知」の推定が覆滅し  
得ることを明らかに否定する唯一の規定である<sup>(7)</sup>。このことから、「民法典の起草者が、特に厳格なこの規定を置く必  
要しかなかったのは、それを一般原則に対する例外と見なしたからではないか<sup>(8)</sup>。」と、一〇七一条を補充指定以外に  
は関係のない特殊例外規定と見て、それを悪意者包含の根拠とすることは批判的な者が増えてきた。

覆滅可能説は、先程見た近時の公示に関する立法の動向を良く反映していると思われる。それらは、「不知」の推  
定は覆滅し得るものであると規定して常に「代替原則」を積極的に肯定しており、しかも、RCSを中心とした重要  
な領域にかかわっているのである。デュクロは、このような立法の動向を「要式主義の後退(recul du formalisme)」

という視点から説明している。<sup>(9)</sup>これに対して、バロー・サリウは、反対に近時の多くの立法が要式主義を拡大する傾向をも示していることを指摘している。近時、フランス法において、契約を締結する際に行政許可の取得や契約の書面化(特に公正証書の作成)が法令により要求される場合や、証書が立証の際に必要なとされる場合が増加している。このような現象は「要式主義の復興(renaissance du formalisme)」<sup>(10)</sup>と呼ばれている。例えば、一九五五年法に基づく現行不動産公示制度も、それが売買契約の諾成的性質に何ら影響を与えるものではないとはいえ、同法により私署証書による契約は公示できないことが規定されており、広い意味で「要式主義の復興」の一現象としてとらえることも可能であると言われている。バロー・サリウは、近時の立法が代替原則を導入したことは、このような「要式主義の復興」への抵抗をむしろ示しているのではないかと指摘している。<sup>(11)</sup>

③ 覆滅不可能説からの批判

しかしながら、第三者の主観的要件を考慮することは「推定される認識」に基づいて紛争を画一的・形式的に解決しようとする不動産公示のメカニズムの安定性又は自律性を損なうとして、覆滅可能説は激しい批判の対象となった。かつて、覆滅不可能説の立場からは、「対抗不能は、当事者の意図を全く解明しないでよい場合にのみ有効な制裁となる。〔第三者が〕善意か悪意かを探求することは、恣意のみならず不正確性への扉を開けること」<sup>(12)</sup>になり、「不動産公示は、もしその効力が各々の取得者の主観的態様によるならば、いかなる安全性も示さない。」<sup>(13)</sup>として、不動産取引の安全のため不動産公示の画一性・形式性が強調された。「謄記〔公示〕の欠缺を理由に異議申立をすることが出来る第三者は、その者が何らかの方法で未謄記〔未公示〕証書を認識し得たとしても、一般に謄記〔公示〕の欠缺



を主張することができる。<sup>(14)</sup>」のである。

但し、同説は、「〔相容れない証書を既に他の者と締結していた〕前主との合意が、未謄記〔未公示〕証書の内容の実現を無力化又は制限する目的でフロードによって共謀してなされていたとき<sup>(15)</sup>」は、取引のモラルを保護するため、フロードある第三者が公示の欠缺を主張することを例外的に認めない。

#### ④ 覆滅可能説からの再批判

このような覆滅不可能説からの批判に対しては、以下のことを指摘することができる。フランス法における不動産公示制度の目的が、第三者が隠れた先行譲渡の犠牲とならないよう当該譲渡を認識させることにあることは、古くから多くの学説が確認していたところであり、本稿の最初でも述べたとおりである。

このような理解は、悪意者包含説すなわち覆滅不可能説を展開したビュフノワールにおいても見られることに注意しなければならない。彼は、一八五五年法の目的は、利害関係人を秘密の所有権譲渡から保護することであり、「この法律〔一八五五年法〕を適用に導く何らかの指導原則」はこの目的に存すると説いていた<sup>(16)</sup>。しかし、彼は、不動産公示の画一性・形式性を守るため、第三者の主観的要件を問題とすることを嫌った。

これに対して、ボワソナードは、さらに進んで、公示制度は善意の第三者保護のために創設されたと説く。「公示は『知らない者に教示する』ためになされるもの」であり、「過去の所有者との間に無効な契約を結ぶ危険のある『善意の』買主の保護を目的としてなされるものである。」故に、「公示は、ある事項について知っている者達にはなく知らない者達に知らせるために作られた…知っている者はさらに知らされることはない(qui certus est amplius

certiorari non potest)……故に、謄記〔公示〕の目的はフロードと誤認(erreur)の防止だということについていかなる疑いもない。ところで、第二譲受人が公示以外の方法で第一譲渡を知っていた場合は誤認はないのであり、謄記〔公示〕は彼にとって無用である。この者のためになされたのではない手続の脱漏を彼は主張し得ない。<sup>(17)</sup>このように、ボワソナードは、第三者の「認識」が「公示」の補充的機能を営むことより、情報提供という公示の目的を徹底することができ、さらに法律関係の道徳と安全にも合致すると説く。まさにこれが覆滅可能説の主張の核心である。

かつて、デュクロは、「対抗可能性の発動」は第三者の「認識」に基づくが、公示制度が存在する領域においてこの「認識」は原則として推定されることを明らかにした。「現実の認識」は、この「認識」の推定を作動させる公示がなされていない場合に「一時的緩和剤(Palliatif)」<sup>(18)</sup>として現れると説明される。このような見解に立てば、「現実の認識」を「推定される認識」とともに「対抗可能性の発動」の一つの要件として位置付けることが可能になり、引き続き、その「現実の認識」の内容が明確にされ、フロードとの違いが明らかにされなければならない。

既に述べたように、知・不知という第三者の主観的態様を考慮することは、不動産取引の安全を損なうのではないかという批判は古くからなされていた。しかし、このように主観的態様を問うことによってもたらされる危険を強調する批判は適切なものではないと考えられている。というのは、第三者が未公示証書を現実に認識しているというケースは、覆滅不可能説が唯一の例外として認めるフロードとほぼ同じような状況においてしか生ぜず、実際面においては両説とも結論において差はあまり生じない<sup>(19)</sup>と考えられるからである。この点については、次節で若干検討する。

(1) 仏民法二〇七一条「公示〔謄記〕の欠缺は、債権者又は第三取得者が公示以外の方法で処分に關して有した認識により、

補完することも、治癒されたと見なすこともできない。」

補充指定とは、生前贈与又は遺贈において、受贈者・相続人に対して、与えられたものを保有し、さらに死亡に際してこれを予め指定された第三者に伝えるべき義務を負わせる処分のことである（仏民法八九六条二項）。補充指定について詳しくは、山口俊夫『フランス法概説・上』（東京大学出版会、一九七六年）五三九頁を参照のこと。

- (2) J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4. PUF, 1990, n° 124.
- (3) M. PLANIOL et G. RIPPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Les beins, 2<sup>e</sup> éd., L. G. D. J., 1952, par M. PICARD, n° 650.
- (4) C. LYON-CAËN, note sous Req. 27 nov. 1893, S. 1894, I, 385.
- (5) 例へば J. MAZEAUD, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1968, D. 1968, J. 412.
- (6) J. DUCLOS, op. cit., n° 413.
- (7) 一部の学説は、この規定をナポレオン法典起草者の贈与に対する敵意の現れであると見なしている（M. GOBERT, chr. préc., 227. — J. DUCLOS, loc. cit.）。
- (8) R. SAVATIER, note sous Req. 6 avril 1925 et 7 déc. 1925, D. P. 1926, I, 185 et 187.
- (9) J. DUCLOS, loc. cit.
- (10) 近時のフランス法における顕著な傾向である「要式主義の復興」について詳しくは、A. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, préc. — A. FLOUR et J. LAUBERT, op. cit., n° 302. — J. CHESTIN, op. cit., n° 266. 星野・前掲・二・(1)注(10)二九五頁、横山美香「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転(一)」早稲田法学六五卷三号八八頁以下（一九九二年）を参照のこと。
- (11) C. - T. BARREAU-SALIOU, loc. cit. — A. FLOUR, op. cit., 93.
- (12) J. - D. BREDIN, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1968, Rev. trim. dr. civ., 1968, 564, n° 8.
- (13) P. MALAURIE, cours préc., 571. — M. GOBERT, chr. préc., 228 et s.

- (14) C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français, t. II, 6<sup>e</sup> ed., par E. BARTIN et P. EISMEN, 309.
- (15) M. LÉVIS, op. cit., n° 210.
- (16) Cité par M. LÉVIS, op. cit., n° 213. — C. BUFNOIR, op. cit., 103.
- (17) Cité par M. LÉVIS, loc. cit. — G. BOISSONADE, Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription a l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire, Rev. prat. dr. fr., t. 30, 1870, 537 et s., n° 8.
- (18) J. DUCLOS, op. cit., n° 367-3 et 407.
- (19) J. DUCLOS, op. cit., n° 407 et 413.

(3) 「現実の認識」の内容

ここでは、覆滅可能説が言うところの第三者の「現実の認識」とはいかなる認識のことを指すのかについて、若干の検討を加えておきたい。覆滅可能説は、第三者が現実には先行契約を認識していたという事実を証明することにより「不知」の推定は覆され得ると説く。だが、この第三者の「現実の認識」は、単なる「知」のみを表すものとして常に用いられているわけではなかった。

デュクロによれば、「現実の認識」は大きく「単純認識 (connaissance simple)」と「重大認識 (connaissance aggravée)」に区別されるとい<sup>(1)</sup>う。単純認識とは、「事実又は状況の認識」、つまり単に第三者が行動時にある事実を知っていたという事実を指す。これに対して、重大認識は第三者の不正さという道徳的評価を含むものである。第三者の不正さについては様々な態様が考えられるだろうが、通常は、フロードに準拠して「害する意図」をもって行為することと定義がなされてい<sup>(2)</sup>る。フロードとは、広義には「不正な操作、術策、欺瞞の同義語」「何らかの演出

により強調された嘘」、「害する意図又は一定の法規の適用を回避する意図をもってする行為」、狭義には「ある者の最初の状況に好ましくない結果をもたらすことを意図して、ある法律効果が生じないように、法律規定の要件を備えること<sup>(3)</sup>」である。重大認識はフロードとほぼ同一視され、また反対にフロードは認識を常に含んでいると考えられていることに注意しなければならない。

ところが、「現実の認識」は、単に事実又は状況を認識している段階（単純認識）を指すとはしばしば言われる。だが、それは必ずしも正しいものではないと思われる。「現実の認識」は、単純認識よりも広く、「害する意図」すなわち侵害の承認、ある意味で侵害の意思に近いものを含んでいる場合もある。定義をして理論的に区別することは可能でも、具体的場面において、現実<sup>(4)</sup>に生起する事実の多様性により、「現実の認識」内部で重大認識を単純認識から、さらにフロードを「現実の認識」から分離してとらえることは非常に困難である。実際、このような区別をなすことは無駄で恣意的であるとして、それを放棄する論者さえいた。通常「現実の認識」と同義で用いられる「悪意（mauvaise foi）」の語についても同様である。フランスにおいて「悪意」の語が、単なる「知」という心理的事象のみを指すのではなく、背信的であるか否かといった法的評価をも含んだ語であることは、我が国においてもかねてより指摘されていた通りである<sup>(5)</sup>。

ちなみに、バロー・サリウは、「現実の認識」をさらに細かく三つに区別する<sup>(6)</sup>。①第三者は、ある事実を認識していたがその認識は完全なものではなく、誤った信頼に基づいて行動した場合であり、悪意ではない場合である<sup>(7)</sup>。②第三者は、真実を知りつつそれを無視して行動したが、他人を害する意図は有していなかったという場合、すなわち悪

意(ここでは単に「知」の意味で用いられている。)の場合である。③第三者には、真実を知っていたにもかかわらず、他人を害することを意図して行動したという場合、すなわちフロードがある場合である。では、「不知」の推定を覆すためには、どのレベルの「現実の認識」を証明する必要があるのだろうか。覆滅可能説によれば、右で述べたように、②と③を区別することは困難であるし、第三者は真実を知らながら行動した時点で侵害の意図に近いものをもっていただとも考えられる。したがって、同説によれば②の段階の「認識」を証明すれば足りるということになりそうだが、判例の立場はどうであろうか。

- (1) J. DUCLOS, op. cit., n° 367-2.
- (2) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 214.
- (3) J. GHESTIN, *Traité préc.*, n° 744 et 745. なお、フロードと判断された行為は、超法規的・一般条項的に無効又は對抗不能の制裁を受ける(鎌田・前掲・一・注(1))「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」(四三頁以下)。フローズンに関するA. ROUAST, *La fraude en matière de mesures de publicité en droit français*, in *Mélanges Simonius*, 1957, 333 et s. — J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, L. G. D. J., 1957. — E. DU PONTAVICE, *Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, 649 et s. — J. MAZEAUD, *L'adage fraus omnia corrumpit et son application dans le domaine de la publicité foncière*, *Rep. Not. Def.*, 1962, art. 28265, 481.
- (4) J. DUCLOS, op. cit., n° 367-2, 383 et s.; 406 et s. — J. MAZEAUD, *note sous Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1968 préc.*
- (5) 鎌田・前掲・一・注(1)判例研究四二頁。「善意」の語も本来は道徳的・評価的概念であったことにつき、多田利隆「善意要件の二面性——ローマ法の bona fides に則して——(上・下)」北九州大学法政論集二二卷一号二三頁・二号二九五頁(一九九三年)。
- (6) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 218.

(7) 例えば、第一契約の存在を認識していたが、第一契約がその後解除されたとの虚偽の売主から事実を告げられたことから、売主に第二契約についての権限があるものと信じて契約した第二買主がこれに当たる。

(4) 「不知」の推定の性質をめぐる判例の展開

① 一九六八年判決前の状況

不動産二重譲渡紛争における第三者の主観的要件の問題をめぐってはフランスにおいても数多くの判例があり、我が国でもそれらについて多くの紹介・研究が既に行われてきた<sup>(1)</sup>。そこで、ここでは、公示の欠缺から生じる「不知」の推定の性質を検討するために必要な範囲で、フランス破毀院判例の変遷を概観するに留める。

一八五五年法の下、破毀院審理部一九二五年一月七日判決は、不動産二重譲渡紛争において、第二買主が第一売買を認識していただけでは第一買主に優先されないことを明らかにした。そこでは、売主と第二買主について、第一買主から権利を奪うことを意図する「詐欺的操作 (manœuvre dolosive)」により特徴づけられる「詐欺的協働 (concert frauduleux)」が必要とされた<sup>(3)</sup>。このように、判例は当初、単なる「悪意」と「詐欺的協働」とを区別し、第二売買が仮装行為ないし虚偽表示と同視することができる場合<sup>(4)</sup>、売主が第一売買の実現の回避を企図し第二買主がそれに積極的に参加した場合<sup>(5)</sup>、第二買主が第二売買を勧誘し売主がこれに応じた場合等に「詐欺的協働」を認定していた。

しかし、その後、第二買主が売主を欺罔して処分権限の存在を誤信させ第二契約を締結した場合のように第二買主のみのフロードが問題となる場合についても、「詐欺的協働」を認定する判例が現れた<sup>(7)</sup>。また、第二買主の悪意以外の事実を特に認定せずにフロードを認めた判決も現れた<sup>(8)</sup>。その結果、「詐欺的協働」という概念はフィクションとし

ての意義しか持たなくなっていき、単なる「悪意」と「詐害的協働」とを区別するという破毀院の論理は崩れていった。

② 一九六八年判決による方向転換

以上のような状況の下で、破毀院は、第三民事部一九六八年三月二二日判決(以下一九六八年判決と呼ぶ。)において、第三者の範囲から、悪意者を排除する方針、すなわち、第三者が悪意であることを証明して「不知」の推定を覆すことを認める方針を打ち出したのである。<sup>(9)</sup>

一九六八年判決の原審は、第二譲受人は先行売買を知らずと相容れない契約を締結し公示したことについてフォート<sup>(10)</sup>があること、不動産は依然第二譲受人の手中にあることを指摘しながら、フォートの存在により第二売買を無効とする必要はないとの判断を下していた。

これに対して、破毀院は、「民法一三八二条を鑑みて……第三者〔第一譲受人〕への先行譲渡を知ってなした不動産の取得は、フォートを構成する。このフォートは、第二譲受人が自らの利益のために不動産公示原則を援用することを許さない。」と判断し、原告が求めた執行方法(mode d'exécution)である第二売買の第一譲受人への対抗不能の宣告によりフォートを制裁しなかった理由を述べなかった原審の判断は法的根拠を欠く(manque de base légale)として、原審判決を破毀したのである。本判決は、売主の詐害的行為に対する第二譲受人の加担という構成ではなく、第二譲受人が先行売買契約の存在を知らずと相容れない契約を締結した場合、その第二譲受人の行為はフォートを構成し不法行為にあたるとして、民事責任(不法行為)構成により、従来の判例の流れに理論的基礎を与



えた点で注目される<sup>(11)</sup>。民事責任構成によれば、フォートある第三者は損害賠償義務を負うが、この損害賠償は、係争不動産が第三者たる第二譲受人の手中にある場合は現物賠償の方法によるとされる<sup>(12)</sup>。ところで、本判決が、フロードの存在を要求していたこれまでの判例の全面的な方向転換——「変革 (reversal)」——か、あるいは第三者の主観的要件の評価自体については本質的に変化のない部分的な方向転換にすぎないのか、という議論がかつては存在した。主観的要件そのものの評価自体が変化して本判決により初めて悪意の第三者が排除されることになったのか、それとも従前は悪意者であってもフロードありとされ排除されていたのであり排除の理論構成のみが変化しただけなのか、という議論である。本判決を検討するに際しては、一九六八年前の判決におけるようなフロード概念への明白な言及が消えたこと、すなわち悪意者を排除する理論構成自体が変化したことを問題とすべきだと思われる。

続く破毀院第三民事部一九七四年一月三〇日判決<sup>(13)</sup>は、一九六八年判決の理論構成の変化を受けて、「民法一三八二条により、第三者への先行譲渡を知らずながら不動産を譲り受けたことは、第二譲受人が不動産公示原則を援用することを許さないフォートを構成する。」と述べ、民事責任構成を再確認した。但し、本判決の破毀理由は、一九六八年判決のように原審判決が法的根拠を欠いていたということではなく、法令に違反したこと (violation de la loi) であった。

引き続き出て出された破毀院第三民事部一九七四年一〇月三日判決<sup>(14)</sup>は、これまでの二つの判決とは微妙な差のある以下のような表現を用いたため、若干の議論を招いた。「先行譲渡を知ってなした不動産取得は、第二買主に不動産公示原則の援用を認めないフォートを構成し得る。故に、第二買主の第一売買についての認識は第一買主に第二売買を

對抗できなくし得る(*Pouvait entrainer l'impossabilité*)と、第二審裁判官は認めることができた。」一九六八年判決に批判的であったダゴは、本判決を評釈するに際して、可能性を表す《*Pouvoir*》という語により、事実審はフォートの判断をより柔軟にできるよゝうになると解釈できると説き、一応の評価を本判決に与えた。これに対して、レヴィは、「……と、第二審裁判官は認めることができた。」という表現に注目して、これは原審の判断を破毀院がただ単に承認したものにはすぎないと述べている。<sup>(15)</sup>

しかし、破毀院第三民事部一九七九年三月二〇日判決<sup>(16)</sup>は、《*Pouvoir*》という語を用いることなく、一九七四年一月判決と同様の判決理由を繰り返して、一九七四年一〇月判決で生じた疑念を除去した。

### ③ 補足的な判断

以上の一連の破毀院判例により不動産公示メカニズムの画一性・形式性が緩和されたため、引き続き、その緩和に合理的制限を加えることが必要となる。

第一に、善意の有過失者も排除される可能性があるのか、それとも厳密な悪意者排除のままに留まるのかという点が問題となる。特に、民事責任は懈怠 (*negligence*) や不注意 (*imprudence*) によつて生じることから (民法一三八三条)<sup>(17)</sup> 第二譲受人の注意義務が拡大するため、第一譲受人が所有権を失う機会が減少し公示の強制力が失われるのではないかとの危惧が存在していた。この点について、破毀院第三民事部一九七九年五月二八日判決<sup>(18)</sup>は、単なる悪意がフォートを構成するとしても、それ以上に第二譲受人に調査義務は課されておらず、第二譲受人の過失の有無は問われないと判示し、そのような危惧を拭い去っている。

第二に、第二譲受人の善意悪意の評価時が問題となる。破毀院第三民事部一九八三年一月四日判決は、<sup>(19)</sup>その評価時は公示をなした日ではなく売買契約締結日であることを明らかにした。この点については、ある者が一旦善意で契約し譲り受けた権利を、その後先行契約を認識するに至ったからといって改めて問題とすることは不都合であるという。実際の面からも説明できようが、理論的には、フォートは第一売買を認識しながら公示したことはなく、第一売買を認識しながらそれを無視して不動産売買契約を締結したことにありという説明がなされている。デュクロも、第二売買の私署証書を作成した時と公示するため公正証書でそれを再作成した時の間に先行売買の存在を第一譲受人が認識した場合について、私署証書作成後の認識は重要ではないと説く。但し、公正証書の作成が売買の停止条件となっている場合には、第二譲受人は停止条件を成就せずその契約を破棄することも可能であるため、私署証書作成後の認識が考慮されるという。<sup>(20)</sup>かつて一九二五年判決において破毀院が述べたように、公示をなすことは善意で取得した権利を強化することにすぎず、公示を先に備えた主張する権利は、法律によってより注意深い取得者に与えられた特権にはかならないのだろう。グボーが、「第三者が被害を被るとしても、適法に譲り受けた権利を保護すること〔すなわち立法者により予定された注意を怠らず譲り受けた権利を公示すること〕にフォートは存在しない。」<sup>(21)</sup>と説いているのも同旨である。所有権移転について意思主義を採用するフランス法の下では、公示申請には売買契約から独立した意味はないと考えられるからである。

さらに、この点に関して、破毀院第三民事部一九九〇年五月二二日判決が<sup>(22)</sup>補足的な判断を下している。原審は、第二売買について私署証書により当事者間で完全な売買が契約が締結されていたか否かおよび私署証書作成時に第一売

買を第二譲受人が認識していたか否かを審理する必要はないとした上で、第二譲受人が公正証書作成時に売主と第一譲受人との契約の存在を認識していたことから無効の制裁を宣告した。これに対して、破毀院は、第二譲受人が第一売買を認識していたことは、第二売買の無効原因となるのではなく、第二売買の第一譲受人への対抗不能という制裁をもたらすこと、そして悪意の評価時は第二売買の私署証書締結時であることを明らかにした。そして、民法一三八二条と一九五五年法三〇―一条に基づき、法的根拠を欠くとして原審判決を破毀したのである。

④ 善意転得者の取扱い

不動産二重譲渡紛争事例において、第一譲渡について悪意の第二譲受人が公示を備えた上で当該不動産を善意の転得者に譲渡した場合について、民事責任構成により悪意の第二譲受人からの善意転得者の保護をはかった初めての破毀院判決が、一九九二年六月一日に出た。<sup>(23)</sup> 本件は、ある者と不動産の売買予約を既に締結していた売主が、同一不動産を、売買予約の存在を知っている第三者に売却し、さらにこの者が当該不動産を善意の転得者に売却し、転得者が公示を備えたという事例である。原審は、未公示の売買契約であってもそれを認識していた第二譲受人には対抗できる結果、売買予約についての認識の有無を問わずに、第二譲受人からの転得者は売買予約の公示の欠缺を主張することができない、との判断を下した。これに対して、破毀院は、第二譲受人の悪意が証明されたとしても、この者の悪意により善意転得者が害されることはないとの判断を下したのである。

民事責任論に基づいて悪意者を排除した一九六八年判決前、破毀院民事部一九四九年五月一〇日判決<sup>(24)</sup>においては、フロード理論に基づいて、フロードによりなされた第二譲受人の権利取得は無効であり、たとえ転得者が善意であつ

ても権利を取得することはないとの判断が下されたことがあった。これに対して、仏民法一三八二条で規定されたフォートに対する制裁は純粹に個人的なものであるため、第二譲受人の悪意がフォートを構成するとしても、フォートに対する制裁は転得者に対しては及ばない。第二譲受人とは別個に、一三八二条で規定されたフォートの責めに帰すべき悪意の証明がなされなければ、転得者は制裁されることはなく、自らの公示の優先性を主張することにより有効に権利を取得することができるのである。

以上のように、破毀院は、一九六八年以来、民事責任構成により不動産二重譲渡紛争を解決してきた。そして、「不知」の推定は覆滅し得るものであることを肯定しながら、それに合理的制限を加えようと試みてきた。しかし、その理論構成には幾つかの問題が残されている。次章では、一連の破毀院判例についての学説の分析を検討する。

- (1) 一・注(1)の各文献を参照のこと。
- (2) Req. 7 déc. 1925, S. 1925, I, 340; D. P. 1926, I, 185, note SAVATIER; Rép. Not. Def. 1926, art. 21114; Gaz. Pal. 1926, I, 242; Rev. trim. dr. civ., 1926, 431, obs. SOLUS.
- (3) 一九六八年までの破毀院判例の流れについては、鎌田・前掲・一・注(1)「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」四二頁以下を参照させていただいた。
- (4) Req. 21 juill. 1885, D. P. 1886, I, 327; S. 1887, I, 175. — Req. 15 juin. 1922, D. P. 1922, I, 180; Gaz. Pal. 1922, II, 280; S. 1924, I, 181; Rev. trim. dr. civ., 1922, 918, obs. SOLUS. — Civ. 10 mai 1949, D. 1949, J. 277, note LENOAN; S. 1949, I, 189, note BULFÉ; J. C. P. 1949, II, 4972, note BECQUÉ; Rev. trim. dr. civ., 1950, 76, obs. SOLUS.
- (5) Req. 27 nov. 1893, D. P. 1894, I, 342; S. 1894, I, 385, note LYON-CAEN; Gaz. pal. 1894, I, 30. — Civ. 24 avril 1950,

- Bull. civ. 1950, I, n° 101, 76; D. 1950, 449; J. C. P. 1950, II, 5813; Rev. trim. dr. civ., 1950, 521, obs. SOLUS. — Civ. 1<sup>er</sup> 7 janv. 1960, Bull. civ. I, n° 15, 13. — Civ. 1<sup>er</sup> 7 juill. 1965, Bull. civ. I, n° 460, 344.
- (9) Req. 8 dec. 1858, D. P. 1859, I, 181; S. 1860, I, 991.
- (7) Civ. 1<sup>er</sup> 13 nov. 1951, Bull. civ. 1951, I, n° 298, 232. — Civ. 1<sup>er</sup> 17 oct. 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 467, 370.
- (8) Req. 27 nov. 1893, préc.
- (6) Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1968; D. 1968, J. 412, note MAZEAUD; J. C. P. 1968, II, 15587, note PLANCQUEEL; Rev. trim. dr. civ., 1968, 564, obs. BREDIN. Vallet 判決と呼ばれる本判決の事案および一九六八年判決について書かれた多くの評釈とそこで見られるフロード説と民事責任(フォート)説の対立については、鎌田・前掲・一・注(一)「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」九〇頁以下、滝沢・前掲・一・注(一)一五五頁以下を参照のこと。
- (10) 仏民法一三八二条の民事責任を生ぜしめる要件としての「フォート」をどのように理解するかについては、フランス法において大きな議論となっている。「フォート」概念については、野田良之「フランス民法における「laute」の概念」我妻還暦記念『損害賠償法の研究上』(有斐閣、一九五七年)一〇九頁、山口・前掲・二・(1)注(18)一〇〇頁以下を参照のこと。
- (11) J. MAZEAUD, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1968 préc. — G. GOUBEAUX, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 30 janv. 1974 préc. — M. GOBERT, chr. préc., 227-228.
- (12) A. WEILL et F. TERRÉ, Droit civil. Les obligations, préc., n° 782. — P. MALAURIE et L. AYNÈS, cours préc., n° 431. — H. J. et L. MAZEAUD, Leçons préc., t. II, v. 1, n° 621. フランスにおける損害賠償の方法について詳しくは、山口・前掲・二・(1)注(18)一六六頁を参照のこと。
- (13) Civ. 3<sup>e</sup> 30 janv. 1974, Bull. civ. III, n° 50, 37; D. 1975, J. 427, note PENNEAU; Gaz. Pal. 1974, II, 570, note PLANCQUEEL; J. C. P. 1975, II, 18001, 1<sup>re</sup> esp., note DAGOT; Rép. Not. Def., 1974, art. 30631, 637, note GOUBEAUX. Vial 判決と呼ばれている本判決の事案については、鎌田・前掲・一・注(一)判例研究を参照のこと。
- (14) Civ. 3<sup>e</sup> 3 oct. 1974, D. 1975, 425, note PENNEAU; J. C. P. 1975, II, 18001, 2<sup>e</sup> esp., note DAGOT. 本判決の事案について

は、鎌田・前掲・一・注(一)判例研究を参照のこと。

(15) M. DAGOT, note préc. — M. LÉVIS, op. cit., n° 207.

(16) Civ. 3<sup>e</sup> 20 mars 1979, Bull. Civ. III, n° 71, 52; D. 1979, I, R. 396. 本判決の事案については、鎌田・前掲・一・注(一)判例研究を参照のこと。

(17) 仏民法一三三三條「各人はその所為によつてばかりでなく、懈怠又は不注意によつて生じさせた損害についても責任を負ふ。」

(18) Civ. 3<sup>e</sup> 28 mai 1979, Bull. Civ. III, n° 116, 88; D. 1979, I, R. 409. 本判決の事案については、鎌田・前掲・一・注(一)判例研究を参照のこと。デュクロは、本判決から破毀院のフォート認定の厳格性を指摘している (J. DUCLOS, op. cit., n° 433.)。

(19) Civ. 3<sup>e</sup> 4 janv. 1983, Bull. Civ. III, n° 3, 30; Rep. Not. Def. 1983, 1219, obs. AUBERT.

(20) J. DUCLOS, op. cit., n° 431, note 121. なお、ベルトロンは、契約後公示するまでの間に悪意になった場合には、責任を問われ得るとする (F. BERTRAND, thèse préc., n° 40.)。

(21) G. GOUBEAUX, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 30 janv. 1974 préc.

(22) Civ. 3<sup>e</sup> 22 mai 1990, D. 1990, I, R. 145; D. 1991, J. 326, note FOURNIER; Rev. trim. dr. civ., 1990, 530, obs. BAN-DRAC. 簡単に本判決の事案を紹介しておく。売主Aは、一九八五年四月二三日にXへ、さらに一九八五年四月二三日にYへ、それぞれ私署証書により同一不動産を二重に譲渡した。理由は不明であるが第一買主Xは公正証書を作成しなかつたため、公示ができないままになっていた。これに対して、第二買主Yは売買契約締結から約二カ月後に公正証書を作成し、一九八五年六月二三日にその公示を行った。そこでXは、Yの悪意を理由に訴えを提起したものである。原審は、公正証書締結時に、第二買主が悪意であったことから、第二売買は無効であると判断していた。

本件の評訳において、フルニエは、一九九〇年五月二二日判決では付帯的に言及されたにすぎない第二譲受人のフォートに対する制裁としての原状回復(現物賠償)という賠償方法の内容―ちなみに、一九九〇年判決において破毀院は、原審の

不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定(一)

下した無効の制裁ではなく、対抗不能の制裁を宣告している—に注目している (A. FOURNIER, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 22 mai 1990, préc.)。彼は、従来の判例はこの問題について明確に態度を決定しておらず、第一譲受人により適当な現物賠償を保証しようとして、無効あるいは対抗不能という効果のみに関心を示してきたことを指摘する。これに対して、フルニエは、第二売買の対抗不能のみを問題にすれば十分であると述べる。また、制裁されるのは第二売買契約そのものか、又は不動産公示手続をなした行為か、あるいは本件におけるような一旦私署証書でなされた契約について後から公正証書を作成した場合、その公正証書の作成行為かという点を、本件の原審は明らかにしていなかった。これに対して、フルニエは、破毀院は「Y〔第二買主〕によりなされた不動産公示はX〔第一買主〕に対抗できない」ことを明らかにしている点も指摘する。

- (23) Civ. 3<sup>e</sup> 11 juin 1992, D. 1993, J. 528, note FOURNIER. 簡単に本判决の事案を紹介しておく。売主Aは、一九八一年一月一日にYと本件不動産の売買予約を締結していたが、Yはこのこの予約を公示しないままであった。その後一九八二年一月二九日に、Aは本件不動産を売買予約の存在を知っているBに売却し、さらにBはこれをXに売却したというものである。Xは売買予約について善意であり、公示も備えていた。

- (24) Civ. 10 mai 1949, D. 1949, J. 277, note LENOAN; S. 1949, I, 189, note BULTÉ; J. C. P. 1949, II, 4972, note BECQUE; Rev. trim. dr. civ., 1950, 76, obs. SOLUS. 本判决の事案については、鎌田・前掲・二・注(1)「不動産二重売買における第一買主の悪意」四五頁を参照のこと。

(続)